قواعد ابن الملقن

أو

الأشباه والنظائر في قواعد الفقه

تصنيف

[illegible]

سراج الدين أبي حفص عمر بن علي الأنصاري المعروف بـ

ابن الملقن

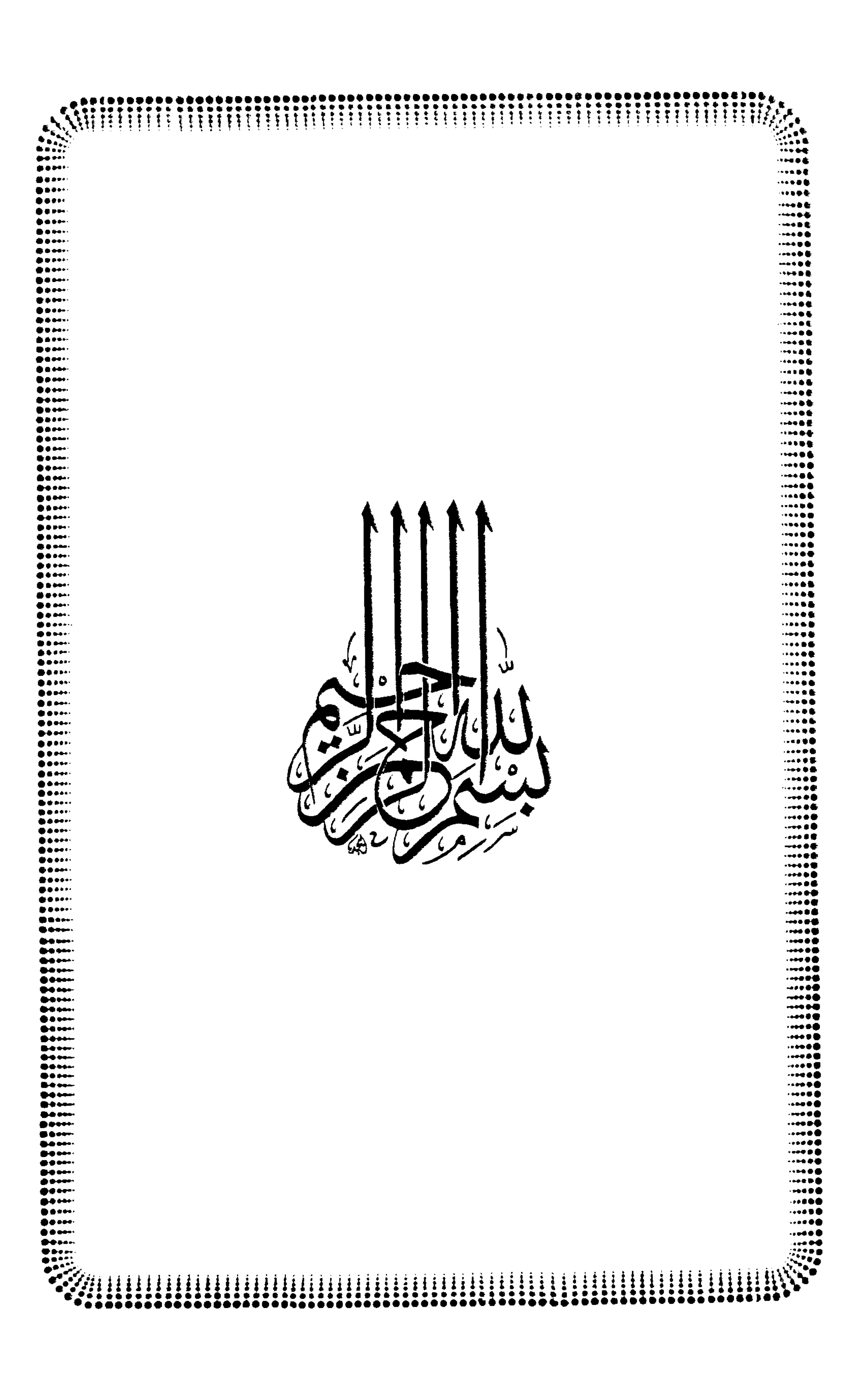
المتوفى سنة ٨٠٤هـ

تحقيق ودراسة

مصطفى محمود الأزهري

المجلد الثاني

دار ابن القيم — دار ابن عفان


بسم الله الرحمن الرحيم

قواعد ابن الملقن

أو

الأشباه والنظائر في قواعد الفقه

المجلد الثاني

الطبعة الأولى

1431هـ - 2010 م

رقم الإيداع	2009 / 21418
الترقيم الدولي	7 - 106 - 375 - 977 - 978



دار ابن القيم للنشر والتوزيع

هاتف: ٤٣١٥٨٨٢ - فاكس: ٤٣١٨٨٩١

الرياض: ص.ب: ١٥٦٤٧١

الرمز البريدى: ١١٧٧٨

المملكة العربية السعودية

E-mail:ebnalqayyam@hotmail.com

دار ابن عفان للنشر والتوزيع

القاهرة: ١١ درب الأتراك خلف الجامع الأزهر

ت: ٢٥٠٦٦٤٢٠ - محمول: ٠١٠١٥٨٣٦٢٦

الإدارة: الجيزة برج الأطباء، أول شارع فيصل

تليفون ٣٥٦٩٣٦١٥ - تليفاكس: ٣٥٦٩٢٨٥٠ - ٣٣٢٥٥٨٢٠

ص.ب ٨ بين السرايات

جمهورية مصر العربية

E-mail:ebnaffan@hotmail.com

كتاب[1] الحجر

قاعـدة

« **حجر العبد لا لنقص[2] فيه[3] ، وحجر الصبي لنقص فيه ، وحجر السفيه هل هو لنقص فيه أم لا ؟** »[4] فيه خلاف .

[**قلت[5]** : الأصح المنع][6] .

- **منها** : إذا أذن له الولي في البيع هل يباشره ؟ فيه خلاف ، قلت : الأصح المنع .

- **ومنها** : إذا أذن له في النكاح فطريقان ، **قلت** : أصحهما : الجواز .

- **ومنها** : إذا منعنا تدبير الصبي ووصيته ففيها من المبذر خلاف ، [والله أعلم][6] .

❋ ❋ ❋

(١) في (ق) : « باب » .

(٢) في (ن) : « لفقد » .

(٣) في (ن) و(ق) : « قيمة » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٤) .

(٥) القائل : هو ابن الملقن .

(٦) من (ن) .

باب الحوالة

[قاعــدة](١)

« **الحوالة استيفاء أم بيع واعتياض ؟** »(٢).

فيه قولان أو وجهان؛ أصحهما: الثاني، فإنها تبديل(٣) مال [بمال](٤) فإن كل واحد منهما يملك ما لم يملكه، وهذا حقيقة المعاوضة، وعلى هذا فهو بيع ماذا(٥) [بماذا](٦) فقيل بيع عين بعين(٧) -وقيل وهو المعقول-: بيع دين بدين واستثنى(٨) للمصلحة، وترك الرافعي ذلك من غير استدراك، والمصلحة لا حجة فيها حتى ينهض إلى تخصيص العموم، وإنما التخصيص المنصوص الوارد في الحوالة وغيرها من الأدلة.

[و](٩) قال الإمام: لا خلاف في اشتمال الحوالة على المعنيين(١٠)، وإنما

---

(١) من (ن).

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص: ٣٥٩)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٣٦٦/١).

(٣) وقعت في (ن): « تدبير ».

(٤) من (ك).

(٥) في (ق): « ما زاد ».

(٦) من (ك).

(٧) ولولا ذلك لبطلت للنهي عن بيع الدين بالدين، وكأنه نزل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه كالمنفعة في إجارة العين.

(٨) أي: واستثنى هذا العقد عن النهي الوارد في حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ.

(٩) من (ن).

(١٠) كذا في (ق)، وفي (ن): « التعيين »، ويعني بالمعنيين؛ أي: الاستيفاء والمعاوضة.

الخلاف في المغلب ، وعلى هذا جرى القاضي والجويني والغزالي ، وحكاه الإمام عن المحققين ، وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه : الحوالة عند [الإمام][1] الشافعي بيع لا يعرف عند غيره ، وقد صرح بذلك في [باب][2] بيع الطعام قبل أن يستوفى[3] .

وقال ابن سريج : وهي[4] بيع لكنها بيع غير مبني على المماكسة والمغابنة وطلب الربح والفضل وإنما هو مبني على الإرفاق كالقرض ، ولا يجوز إلا في دينين متفقين في الجنس والصفة والحلول ، والتأجيل ، وعلى هذا لا يجوز [أن يحيل بالمسلم فيه ؛ لأن بيعه لا يجوز][5] قبل قبضه ، وإنما جاز فيها التفرق قبل التقابض إذا أحال بدراهم أو بدنانير ؛ لأنه بمنزلة البيع المقبوض في حق المحيل ، وقال الماوردي : اختلف أصحابنا في الحوالة هل هي بيع أو عقد إرفاق ، ومعونة[6] على وجهين [١٠٨ن/أ] : أحدهما : [وهو][7] ظاهر نصِّ [الإمام][8] الشافعي في السلم : أنها بيع ، وعلى هذا ففي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان ؛ أصحهما[9] :

---

(١) من (ن) .

(٢) من (ق) .

(٣) فقال أبو الطيب : ولو حل عليه طعام فأحال به على رجل له عليه طعام أسلفه إياه لم يجز ؛ لأن أصل ما كان له بيع إحالته به بيع .

(٤) أي : الحوالة .

(٥) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٦) وقعت في (ن) : « وضعفوه » .

(٧) من (ن) .

(٨) من (ن) .

(٩) في (ق) : « أحدهما » .

نعم، بناء على أنها بيع عين بدين، وبنى عليها أيضًا جواز الحوالة بالثمن في مدة الخيار وبالمسلم فيه[١] إن [قلنا : إن الحوالة][٢] بيع لم يجز فيها، وإلا جاز، ومن فروع هذا الأصل ثبوت خيار المجلس [والشرط][٣] [٩٦ق/ب] فيها .

– **ومنها** : لا يجوز الاعتياض عن المسلَّم فيه قبل القبض، وفي جواز الحوالة فيه أوجه؛ أصحها : المنع لملاحظة[٤] معنى المعاوضة، ووجه الجواز : تغليب معنى الاستيفاء .

والثالثة : أنه تجوز الحوالة عليه لا به؛ إذ هو تبديل وتحويل إلى ذمة أخرى بخلاف الحوالة عليه .

– **ومنها** : لو أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان ثم ردَّ عليه المبيع بعيب، فهل تنفسخ الحوالة؟ فيه طرق :

أحدها : ونقلها الإمام عن الجمهور أن المسألة على قولين، أصحهما : الانفساخ، وهما مبنيان على الخلاف إن قلنا استيفاء انفسخت[٥] أو اعتياض فلا[٦] .

---

(١) كذا في (ق)، وفي (ن) : « ولا سلم فيه » .

(٢) من (ن) .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ق) : « وملاحظة » .

(٥) وقعت في (ن) : « انفسخ » .

(٦) لأن الحوالة على هذا التقدير نوع إرفاق ومسامحة، فإذا بطل الأصل بطلت هبة الإرفاق التابعة له، أما إن قلنا : إنها اعتياض لم تنفسخ، كما لو استبدل عن الثمن ثوبًا ثم ردَّ المبيع بالعيب، فإنه لا يبطل الاستبدال عن الثمن على المشهور، بل يرجع بمثل الثمن . اهـ . « أشباه » ابن الوكيل (ص : ٣٦١) .

والثاني : القطع بالانفساخ ، وعليها [الشيخ][1] أبو إسحاق ، وابن أبي هريرة ، وأبو الطيب بن سلمة ، ونقلها الماوردي عن الأكثرين، والثالث : القطع بعدمه ، وعليها صاحب « الإفصاح »[2] ، وابن الحداد ، وصححه القاضي أبو الطيب في « شرح الفروع » ، ونقلها عن الأكثرين .

- **ومنها** : لو أحال أحدهما الآخر بأكثر مما عليه ، فإن قبض في المجلس جاز ، إن قلنا : إنها استيفاء ، وإن قلنا إنها معاوضة فلا يكفي ، وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، وإن [قلنا][3] : الحولة استيفاء؛ لأنها ليست باستيفاء حقيقة، كذا قال الماوردي وغيره فيما[4] حكاه ابن الرفعة .

- **ومنها** : في ثبوت الخيار إذا وجده مفلسًا ثلاثة أوجه .

ثالثها : التفريق بين اشتراط الملاءة أم لا ، وأصحها : المنع ، وعبارة الإمام تقتضي تخريج هذا [على][5] الخلاف .

- **ومنها** : في اشتراط رضى المحال عليه إذا كان عليه دين وجهان بنوهما[6] على الخلاف إن قلنا : اعتياض فلا يشترط ، لأنه حق المحيل ، فلا يحتاج فيه إلى رضى الغير ، وإن قلنا : استيفاء فيشترط[7] .

- **ومنها** : في صحة الحوالة على من لا دين عليه [١٠٨ن/ب] برضاه وجهان

---

(١) من (ن) .

(٢) أي : الشيخ أبو علي الطبري .

(٣) من (ن) .

(٤) وقعت في (ن) : « وما » .

(٥) من (ق) .

(٦) في (ن): «ثبوتهما».

(٧) لتعذر إقراضه من غير رضاه .

بناهما الجمهور على الخلاف إن قلنا : اعتياض لم يصح ؛ لأنه ليس على المحال ما يجعل عوضًا عن حق المحتال ، وإن قلنا : استيفاء فيصح ، كأن المحتال أخذ حقه وأقرضه المحال عليه ، ولم ير [الإمام][١] صحة هذا التخريج .

- **ومنها** : الثمن في مدة الخيار ، وهل تجوز له الحوالة به ، وعليه ؟ فيه وجهان أصحهما : الجواز ، بناهما في « التتمة » على الخلاف إن قلنا : إنها معاوضة ، فهي كالتصرف في المبيع في مدة الخيار ، وإن قلنا : استيفاء ، فيجوز .

- **ومنها** : لو أحال من عليه الزكاة الساعي على إنسان [آخر بما له في ذمته][٢] جاز ، إن قلنا : إنها استيفاء ، أو معاوضة ، فلا ؛ لامتناع[٣] أخذ العوض[٤] عن الزكاة [٩٧ق/أ] [والله أعلم][٥] .

❋ ❋ ❋

(١) من (ن) .

(٢) استدراك من (ك) .

(٣) في (ن): «امتناع».

(٤) في (ن) : « العوضين » .

(٥) من (ن) .

كتاب الصلح

قاعـــدة

« لا يفارق الصلح البيع إلا في مسائل »[١].

وقال صاحب التلخيص: هي اثنتان فقط، وقال الغزالي: هي ثلاث:

الأولى: صلح الحطيطة لا يصح [بلفظ][٢] البيع، ويصح بلفظ الصلح على الأصح.

الثانية: لو صالح أهل الحرب من أموالهم على شيء جاز، ولو صالح مسلم من[٣] ماله على شيء لم يجز، قاله ابن القاص.

الثالثة: قال أيضًا: إنما يجوز الصلح على[٤] أرش الجناية لا بلفظ البيع، وأنكره الشيخ أبو علي، وقال[٥]: إن كان معلوم القدر والصفة جاز باللفظين، وإلا امتنع بهما، وإن علم القدر دون الوصف ففيه خلاف، وهو في الحقيقة منع لا تفصيل[٦].

---

(١) راجع هذه القاعدة ونظائرها في:
« الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٤)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٧٨)، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٢٥٢).

(٢) سقطت من (ن).

(٣) وقعت في (ن): « على ».

(٤) في (ق): « عن ».

(٥) في (ق): « وقال الشيخ ».

(٦) كذا في (س)، وفي (ن): « بيع لا تفضيل »، وفي (ق): « بيع لا بفضل ».

الرابعة : قال البويطي من قِبَلِ نفسه ؛ لا من[١] عند الإمام الشافعي : إذا وجب لرجل على رجل يمين[٢] فافتدى بمال جاز ، ووافقه النووي ، ويشهد له ما في « البخاري » في القسامة في الجاهلية وافتداء رجل بيمينه ، فإن صح ما قاله فهي صورة أخرى يستعمل فيها لفظ الصلح دون البيع [لكن][٣] في[٤] « الحاوي » ما يخالفه ، وهو الظاهر .

قاعـــدة[٥]

« ما يبذل العوض بسببه إن كان مالًا فهو البيع وإلا فالافتداء[٦] بحق كالخلع[٧] أو بباطل كفك الأسير ، وكل من البيع والافتداء إن جرى بعد منازعة[٨] يُسمى صلحًا وإلا فلا »[٩] .

قاعـــدة

« المأذون له في شيء يكون إذنًا فيما يقتضي ذلك الشيء [إيجابه [١٠٩ن/أ]

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « لأن » .
(٢) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « دين » .
(٣) من (ن) .
(٤) في (ق) : « وفي » .
(٥) في (ق) : « فائدة » .
(٦) كذا في (س) ، وفي (ن) : « فإن افتدى » ، وفي (ق) : « فإن كان افتداء » .
(٧) وقعت في (ن) و(ق) : « فخلع » .
(٨) في (ق) : « المنازعة » .
(٩) نقل تاج الدين بن السبكي هذه القاعدة عن والده في « الأشباه والنظائر » (١/٣٢٥) .

وهل يكون إذنًا فيما يقتضي ذلك الشيء][1] استحقاقه »[2] ؟ فيه خلاف في صور :

- **منها** : الوكيل بالبيع مطلقًا لا يملك تسليم المبيع قبل توفية الثمن ، فإذا وفى ملك التسليم ؛ لأنه مستحق عليه ، والوكيل بالشراء يملك تسليم الثمن ، ويملك قبض المشتري ؛ لأنِ العرف يدل عليه ، وهل يملك قبض الثمن ؟ فيه وجهان ، وجه من قال : لا يملك القياس على قبض المشتري العين .

- **ومنها** : [الوكيل][3] في الخصومة في إثبات حق [هل][4] يملك الاستيفاء ؟ والوكيل في الاستيفاء هل يملك فيه الخصومة ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : الوكيل[5] بالاستيفاء يملك الإثبات ؛ لأنه وسيلة بخلاف العكس .

- **ومنها** : الوكيل بالشراء إذا توجه الدرك بالثمن عند خروج المبيع مستحقًا هل يخاصم لاسترداده الثمن ؟ فيه خلاف ، وتابع [بعض][6] من قال : يملك التوابع ، فأجرى خلافًا في أنه يملك إثبات الخيار وشرطه ، وحكى وجهًا ثالثًا أنه يملك ذلك في الشراء دون البيع للحاجة إلى التروي .

- **ومنها** : لو أذن له في رهن ماله على دين اقترضه الراهن وأعسر الراهن ، هل يكون إذنًا في المرتهن في البيع ؟ فيه خلاف ، وأنكر [٩٧ق/ب] الغزالي [عدم][7]

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٠٢) ، « قواعد الزركشي » (١٠٨/١) .

(٣) من (ن) .

(٤) استدراك من (ك) .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « كل » .

(٦) من (ق) .

(٧) من (ق) .

جواز بيعه[١] ، وأما العقد[٢] فلا ينفع[٣] إلا بإذن جديد ، لأنه وكيل في الحفظ .

- **ومنها** : لو أذن لعبده المأذون [له][٤] في التجارة أن يرهن عبد السيد على دين لزمه في مال التجارة صح وبيع فيها ؛ قال في « فتاوى » القاضي حسين : هذه مناقضة[٥] علينا ؛ لأن كل رقبة لا يملك المأذون [التصرف][٦] فيها لا يملك بيعها في دين تجارة ، غير أن العذر أن الرهن اقتضاه بإذن[٧] السيد .

قاعـــدة

القاعدة المذكورة في الوكالة :

« من جاز تصرفه فيما يوكل فيه جاز توكيله ، وجازت وكالته ، ومن لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته »[٨] .

ويعبر عنها أيضًا بأن يقال : من جاز تصرفه استقلالًا في شيء يقبل النيابة جاز توكيله [ووكالته][٩] ، ومن لا فلا[١٠] ، ....

(١) إذ لو لم نجز لتقاعد عن الرهن مقصوده ، ولكان يحكم ببطلان الرهن .

(٢) في (ك) : « العدل » وفي (ن) : « العبد » .

(٣) في (ن) : « يبيع » .

(٤) من (ق) .

(٥) في (ن) : « منافة » .

(٦) من (ق) .

(٧) وقعت في (ن) و(ق) : « دون » .

(٨) راجع هذه القاعدة ونظائرها في : « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٢٨) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٢٥/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٧٩٥/٢) .

(٩) من (ق) .

(١٠) أي : ومن لا يجوز تصرفه في ذلك لا يجوز توكيله ولا وكالته .

ويحمل[١] كلام صاحب « التنبيه » على ذلك ، فيكون مراده : من جاز تصرفه استقلالًا ، فإن الباب معقود للنيابة ، فلا يتعرض في جواز التصرف إلى ما يكون بالنيابة ، ويكون مراده بما في قوله : فيما يوكله : « فيه » نكرة [١٠٩ن/ب] موصوفة ، ويكون متعرضًا إلى اشتراط قبول العقد النيابة بقوله : فيما يوكل فيه ، فإن الشيخ شرف الدين المقدسي : أخبرنا أنه رآها مضبوطة [في نسخة المصنف بخطه بفتح الكاف][٢] فلا يرد عليه ما أورده الجيلي من الإيلاء والظهار والأيمان والرجعة على وجه ، وكل ما لا يقبل النيابة ، وقد أورد على طرد هذه القاعدة صور :

الأولى : الفاسق يقبل النكاح لنفسه ، وهل يجوز أن يكون وكيلًا في قبوله ؟ قيل : وجهان ، وقيل : بالمنع .

الثانية والثالثة[٣] : العبد والسفيه إذا أُذِنَ لهما فيما يباشرانه بالإذن لا يجوز لهما أن يوكِّلا فيه ما لم يكن نكاحًا .

الرابعة : العبد يقبل النكاح لنفسه بإذن سيده ، ولا يجوز أن يقبل[٤] لغيره بإذن سيده على وجه .

الخامسة : إذا أُذِنَ للعبد[٥] والسفيه في النكاح هل يوكلان[٦] فيه ؟ [فيه][٧] خلاف .

---

(١) في (ن) و(ق) : « ويدخل » .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .
والمراد بـ« المصنف » ، فيما بين المعقوفتين : أي : أبو إسحاق الشيرازي مصنف « التنبيه » .

(٣) جعلها في النسخة (ق) مسألة واحدة فجاء تعداد المسائل فيها عشر مسائل بخلاف هنا ، فقد جاءت إحدى عشرة .

(٤) أي : النكاح .

(٥) في (ن) و(ق) : « العبد » .

(٦) في (ق) : « يوكلا » .

(٧) من (ك).

السادسة : الفاسق لا يجوز أن يكون وكيلًا في تصرف المحجور عليه .

السابعة : العبد المأذون لا يجوز أن يوكل فيما أذن له فيه .

الثامنة : الوكيل لا يجوز أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ولم يكثر عليه [إلا][1] بإذن .

التاسعة : الوصي هل يلحق بالوكيل[2] في التوكيل ؟ فيه وجهان ، رجح كلًّا [منهما][3] مرجح .

العاشرة : الولي غير المجبر إذا أذنت[4] له في التزويج لا يستقل[5] بالإذن له في التوكيل على وجه .

الحادية عشرة : لو أسلم على أكثر من أربع [نسوة][6] ؛ فإنه لا يوكل في اختيار أربع إلا أن نمنع دخولها في القاعدة [٩٨ق/أ] .

وأورد على العكس صور :

الأولى : الطلاق الدوري إذا منع الزوج من الطلاق ، قال بعضهم : طريق طلاقها أن يوكل الزوج فيه .

الثانية : المرأة لا تملك الطلاق ، فتكون وكيلة فيه على وجه رجحه جماعة .

الثالثة : الأعمى لا تجوز منه الإجارة والشراء والكتابة إلا في ثلاث مسائل أسلفناها في البيع .

---

(١) من (ق) .

(٢) كذا في (ن) ، و(ك) ، وفي (ق) : « بالموكل » .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ن) : « أذن » .

(٥) في (ك) : « تستفيد » .

(٦) من (ن) .

وكل عقد[١] منع منه يجوز أن يوكل فيه ، وعند هذا[٢] نقول : أما ما ورد على الطرد ، فإنه يخرج بشرط الاستقلال إلا [في][٣] قبول الفاسق ، و[هو][٤] لا يرد على صاحب « التنبيه » ، فلعله يرى جواز توكيله في القبول ،وكذا كل مسألة ذات وجهين لا [١١٠ن/أ] ترد [عليه][٥] وأما ما ورد على العكس ، فإن مسألة الدور[٦] [قد][٧] لا يرى صاحب « التنبيه » [جواز][٨] التوكيل فيها ، وفي طلاق المرأة وجهان .

ومسألة الأعمى مشكلة، وزاد الشيخ صدر الدين[٩] مسائل :

الأولى : المفلس ليس له أن يبيع ويشتري بثمن معين ، [وله][١٠] أن يتوكل لغيره ، وأن يوكل غيره في شراء شيء في الذمة .

الثانية : الكافر ليس [له][١١] شراء عبد مسلم ، وله أن يكون وكيلًا في شرائه لمسلم على أصح الوجهين .

الثالثة : السفيه : لا يقبل نكاح نفسه بغير إذن وليه ، ويجوز أن يكون وكيلًا في قبول نكاح غيره بغير إذن الولي على الصحيح، وليعلم أنه يحتمل أن يكون المراد

---

(١) وقعت في (ن) : « قاعدة » .
(٢) في (ن) : «وعندهما» .
(٣) من (ن) .
(٤) من (ق) .
(٥) من (ك) .
(٦) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « المدونة » .
(٧) في (ن) : « لا » .
(٨) من (ك) .
(٩) يعني : صدر الدين بن الوكيل .
(١٠) من (ق) ، وفي (ن) : « وأما » .
(١١) من (ن) .

بهذه القاعدة أن يكون التقدير : من جاز تصرفه في شيء بعينه جاز توكيله في ذلك الشيء بعينه ووكالته[١] ومن لا فلا .

ويحتمل أن يكون التقدير : من جاز تصرفه في شيء بعينه جاز توكيله[٢] في جنس ذلك الشيء ، والمعنيان لا يتمشيان ، لكن الأول منهما أقرب ، وعلى الاحتمال الثاني ترد مسائل أخرى في غاية الكثرة .

الأولى : الأب يتولى طرفي العقد[، فلو وكل وكيلًا في أن يشتري عبد ابنه الصغير للموكل لم يجز ؛ لأن غير الأب لا يتولى طرفي العقد][٣] ولو وكله في أن يبيع من الأب والابن قابل[٤] صح ، ولو وكل وكيلًا [في][٥] بيع مال ابنه الصغير وآخر بشرائه صح ؛ لأن التولي كان من اثنين .

الثانية : إذا اشترط التقابض قبل التفرق[٦] ، فوكل وكيلًا في قبضه وفارق المجلس لم يصح قبض الوكيل[٧] ، استثناها صاحب « التلخيص » ، وأنكر القفال عليه الاستثناء ، لأن الموكل خرج لمفارقته عن أهلية التوكيل لزوال ملكه ، نعم [لو][٨] قبض الوكيل في حضوره صح ، وحيث[٩] كان [له][١٠] أن يقبض فله أن

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « ووكيله » .
(٢) في (ن) : « أن يوكله » .
(٣) ما بين المعقوفتين استدراك من (ك) .
(٤) في (ن) و(ق) : « بأقل » .
(٥) من (ن) .
(٦) في (ك) : « إذا اشترى ما يشترط فيه التقابض قبل التفرق » .
(٧) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « قبل التوكيل » .
(٨) سقطت من (ن) و(ق) .
(٩) في (ن) و(ق) : « بحيث » .
(١٠) من (ق) .

يوكل وحيث منع منع .

الثالثة : من منعناه في النكاح من تولي الطرفين كالجد على وجه وابن العم على المذهب .

[**قلت**(١) : صواب هذا العكس ، فيقال كابن العم على وجه ، والجد على المذهب](٢) ، قيل : له أن يوكل كما يزوج الإمام الأعظم والقاضي خليفة ، والمذهب المنع ؛ لأن الخليفة يزوج بالولاية لا بالوكالة .

- **الرابعة** : لو قالت لوليها وكِّل بتزويجي ولا تزوجني بنفسك [٩٨ق/ب] ، فالذي ذهب إليه الأئمة أنه لا يصح الإذن(٣) على هذا الوجه ، لأنها منعت الولي وردت التزويج [١١٠ن/ب] إلى الوكيل الأجنبي فأشبه التفويض إليه ابتداءً .

الخامسة(٤) : الإبراء إسقاط أو تمليك ؟(٥) فيه خلاف ، ظاهر المذهب : الثاني ؛ لأنه(٦) لو قال : ملكتك(٧) ما في ذمتك صح من غير نية ولا قرينة ، [بخلاف قوله](٨) لزوجته : ملكتُكِ : نفسك ، ولعبده : ملكتك [رقبتك](٩) ، قال النووي في

---

(١) القائل : هو ابن الملقن .
(٢) ما بين المعقوفتين من (ن) .
(٣) وقعت في (ن) : « الآن » .
(٤) في (ق) : « ومنها » .
(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٢٣) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٣٦٨/١) ، « قواعد الزركشي » (٨١/١) .
(٦) في (ن) : « أنه » .
(٧) في (ن) و(ق) : « تمليك » .
(٨) ما بين المعقوفتين استدراك من (ك) ، ووقع في (ق) : « لقوله لو وجب » .
(٩) من (ك) .

كتاب الرجعة : « والمختار أنه لا يطلق الترجيح في أصل هذه القاعدة ، وإنما يختلف بحسب الفروع » ، ويتخرج على الخلاف صور :

- **منها** : الإبراء عن المجهول وغير ذلك مما أوضحته في « شرح المنهاج » في هذا الباب فراجعه منه[1] .

- **ومنها** : لو أبرأ أبيه عن دينه فليس له الرجوع إن قلنا : إسقاط، وإن قلنا [تمليك ، فله ، كذا ذكره، وفي رجوعه مع كونه][2] تمليكًا نظر ، فإنه إذا ملكه سقط الدين ، فلا يعود كما لا يرجع الوالد إذا زال عن[3] ملك ولده .

- ولو وكل من عليه الدين في إبراء نفسه قال الغزالي : جاز ، وطرد العراقيون الوجهين فيه ، يشير إلى الخلاف في تولي[4] طرفي العقد لغير الأب والجد، قال الغزالي : ولعل منشأه أنه لو[5] قيل : يفتقر إلى القبول ، فهو كسائر التصرفات ، وإلا فيجوز ، وهذا راجع إلى القاعدة .

فائدة[6] : ترددوا في الرجوع اقتراحًا [أم لا][7] ، فيه صور[8] :

الأولى : لو طالب البائع وكيل المشتري بالثمن على وجه من الأوجه الثلاثة في مطالبته فإذا أدى رجع على[9] الموكل على الصحيح .

---

(١) لو أبرأه عن مجهول صح على الأول ، دون الثاني وهو الأصح « ابن الوكيل » (ص : ١٢٣) .

(٢) من (ق) .

(٣) في (ن) : « عين » .

(٤) في (ن) و(ق) : « وتولي » .

(٥) في (ق) : « إذا » .

(٦) في (ن) : « قاعدة » .

(٧) من (ك) .

(٨) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٧٢) .

(٩) وقعت في (ن) : « إلى » .

الثاني : لا ؛ لأنه اقتراح .

[**الثانية**][١] : إذا قال : أدِّ ديني عني ، فأداه ، هل يرجع أم لا ؟ قولان .

الثالثة : إذا قال : اضمن عني .

قاعدتان[٢] : عن ابن سريج ذكرهما الأصحاب في باب القراض[٣] .

الأولى : « كل لفظة كانت خالصة لعقد حمل إطلاقها[٤] عليه ، فإن وصل بها ما ينافي مقتضاه بطل »[٥] .

- **ومنها** : إذا قال : قارضتك على أن الربح كله لك فالأصح أنه قراض فاسد ؛ لأنها لفظة خالصة لعقد القراض الذي مقتضاه الاشتراك في الربح ، وما ذكره[٦] منافٍ له فاسد .

وقيل : قراض صحيح نظرًا إلى المعنى .

- **ومنها** : إذا قال : أبضعتك على [أن][٧] الربح كله [لك ، ففيه الوجهان ؛ لأن معنى الإبضاع أن يكون الربح كله][٨] للمالك[٩] ، فالزيادة منافية .

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ن) : « فائدتان » .

(٣) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « التفريق » .

(٤) في (ن) : «إطلاقه» .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٤٧) .

(٦) أي قوله : « على أن الربع كله لك » ، لمنافاة ذلك لمقتضى عقد القراض .

(٧) من (ن) .

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

(٩) ولا حق للعامل فيه ، بل هو وكيل متبرع فقوله في هذه الصيغة : « على أن الربح كله لك » ، زيادة تنافي معنى الإبضاع .

- **ومنها** : [إذا قال : بعتك بلا ثمن][1] [١١١ن/أ] ، وكذا إذا قال : أسلمت إليك هذا الثوب في العبد ، ونظائرهما من مسائل اللفظ والمعنى[2] .

الثانية [٩٩ق/أ] : « **كل لفظة وضعت لعقدين فأكثر لم ينصرف إطلاقها إلى شيء ، فإن عقبها [ببعض][3] ما يصلح لتلك[4] العقود أخلصها[5] [له][6]** » .

- فمنها : إذا قال : تصرف ، والربح كله لك ، فهو قرض ؛ لأن تصرفه محتمل ، وقد وصله ببعض ما يصلح للقرض فيخلص له .

- **ومنها** : إذا قال : تصرف بالبيع[7] والشراء ، فوجهان في « البحر » في أنه إبضاع أو قراض فاسد ، قال ابن الرفعة : تقتضي القاعدة أن لا ينصرف إلى شيء- أي معين- أما المعنى المشترك بينهما فمحقق[8] .

* * *

---

(١) تكررت في (ن) .

(٢) ولابن السبكي في هذه المسألة بحث ، راجعه في « الأشباه والنظائر » (١/٣٤٧- ٣٤٨) .

(٣) من (ق) ، وانظر هذه القاعدة في « الأشباه » (١/٣٤٨) .

(٤) في (ن) و(ق): «لذلك».

(٥) في (ق) : « أصلحها » .

(٦) من (ق) .

(٧) في (ق) : « في البيع » .

(٨) وهو توجيه تقي الدين السبكي .

باب[١] العارية

قاعـــدة

« الأظهر أن العارية مضمونة إلا إذا تلفت من الوجه المأذون فيه »[٢] .

وكذا لو تلفت في شغل المالك ، كما إذا أرسله في حاجته فأعاره دابة ليركبها فيها ، وكذا لو لقيه في الطريق [ومعه دابة][٣] فأركبها [له][٤] ليحفظها .

وقال ابن القاص في « تلخيصه » : العارية مضمونة إلا واحدة ، وهي ما إذا استعار عينًا ليرهنها فتلفت في يد المرتهن، فإن المستعير لا يضمنها على الأصح ؛ لأن سبيله سبيل الضمان، وقال الجرجاني في « المعاياة » ، والروياني في « الفروق » : إلا في مسألتين هذه ، وما إذا أحرم وفي ملكه صيد ، وقلنا : يزول ملكه بالإحرام ، فإنه إذا أعاره لم يضمنه المستعير ؛ لأنه لا تملك له[٥] .

قلت : لا مُغيِّر للحقيقة[٦] .

---

(١) في (ق) : « كتاب » .

(٢) راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٥٨- ٣٥٩) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٠٠) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٢٦٦- ٢٦٧) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٢٣) ، « القواعد » لابن رجب (١/٢٦٢- ٢٦٣) .

(٣) من (ن) .

(٤) من (ق) .

(٥) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « لأنه تمليك له » .

(٦) في (ق) : « في الحقيقة » .

قلت[١] : وأهملا ثالثة سلفت[٢] .

ورابعة : المستعير من المستأجر لا ضمان عليه على الأصح .

وخامسة : المستعير من الموصى له بالمنفعة[٣] كذلك على الأصح[٤] .

* * *

(١) أي لا يصح استثناء الروياني والجرجاني لهذه المسألة ، فإنه لا مغير في الحقيقة .

(٢) وهي التي ذكرها ابن الملقن بعد القاعدة مباشرة .

(٣) في (ن) : «بالنفقة» .

(٤) وزاد ابن السبكي : «العارية التالفة بالاستعمال ، كما إذا انمحق الثوب ، فلا ضمان في الأصح» .

باب الإجارة

قاعــدة

« لا يجتمع على عين عقدان لازمان »(١) .

ومن ثم ضُعِّف قولُ أبي إسحاق(٢) : « [إن](٣) مورد الإجارة العين » ولم يمتنع(٤) بيع العين المستأجرة ، وهو الصحيح لاختلاف المورد ، وحكى محمد بن يحيى في « محيطه »- تلميذ الغزالي- خلافًا في أن المعقود عليه في النكاح منافع البضع أو ذات المرأة ؟ وبنى عليه استقرار المهر بالوطء في دبرها ، وعبارة القاضي(٥) في « تعليقه » في أول الإجارة : « اختلف أصحابنا(٦) في [١١١ن/ب] المعقود(٧) عليه في النكاح ، قيل : هو الحِلُّ ، والأصح : أنه عقد على عين لاستيفاء منفعة مخصوصة » .

ولو مرَّ مارٌّ على جماعة ينتضلون ، فقال لواحد : إن أصبت بهذا السهم فلك دينار ، نص [الإمام](٨) الشافعي على أنه يستحق بالإصابة ، قال الإمام : « هذا يدل

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٥٧/١) ، « قواعد الزركشي » (٤١٠/٢) .

(٢) أي : المروزي .

(٣) استدراك من (س) .

(٤) في (ق) : « ولا يمنع » .

(٥) أي : القاضي حسين .

(٦) في (ق) : « أصحهما » .

(٧) في (ق) : « أن المعقود » .

(٨) من (ن) .

على انقطاع هذه [المعاملة عن الإجارة][١] إلى آخره، وقد يفهم منه اجتماع عقدين لازمين[٢].

- **ومنها**: يمتنع استئجار العِكَام[٣] للحج.

قاعـــدة[٤]

«**العقد على المنفعة مدة إذا طرأ فيها ما لو كان قارن** [٩٩ق/ب] **الابتداء [يمنعه]**[٥]»، فيه[٦] صور:

- **منها**: إذا استأجر مسلم دارًا من حربي في دار الحرب[٧] ثم غنم المسلمون الدار أو استأجر حربيًّا فاسترق لم تنقطع الإجارة بل[٨] يبقى للمستأجر استحقاق المنفعة؛ لأن منافع الأموال مملوكة ملكًا تامة، مضمونة باليد كأعيان الأموال.

أما إذا سُبيت زوجته، فإنه ينفسخ النكاح على أحد الوجهين.

والثاني: إن كانت مدخولًا بها تربص بها انقضاء[٩] العدة رجاء زوال الرق والكفر، ومن الأصحاب من خرج انقطاع الإجارة على هذا الخلاف، والقائل

(١) كذا في (س)، ووقع في (ن) و(ق): «المقالة عن الإصابة».

(٢) أي: يستحق الدينار بجعل الجاعل ويستحق في المعاملة الأصلية ما كان يستحقه.

(٣) العِكام: ما تستعمله المرأة لتضع فيه ذخيرتها. «القاموس» (ص: ١٠٥١)..

(٤) في (ن): «فائدة».

(٥) من (ن).

(٦) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١٦٤).

(٧) في (ق): «الحربي».

(٨) وقعت في (ن): «قبل أن».

(٩) وقعت في (ن) و(ق): «تتربص بانقضاء».

الأول فرَّق بأن البُضع يستباح [و][1]لا يملك ملكًا تامًّا ، وكذلك [لا][2] يضمن باليد .

- **ومنها** : إذا أجر الولي الطفل أبًا كان أو وصيًّا أو قيمًا [أو ما][2] له مدة لم يبلغ فيها بالسن ، ويجوز أن يبلغ بالاحتلام جاز ، لأن الأصل جواز دوام الصبا ، فلو احتلم في أثنائها ، فوجهان رجح الشيخ أبو إسحاق ، والروياني في « الحلية » البقاء ، ورجح الإمام والمتولي المنع .

قلت[3] : والأول هو الأصح [والله أعلم][4] وعلى الأول : لا خيار له على الأظهر كالصغيرة إذا زُوِّجت وبلغت .

- **ومنها** : لو أجر مال المجنون فأفاق في أثناء المدة فهو على هذا الخلاف .

- **ومنها** : لو أجر عبده ثم أعتقه ، فالأصح أنه[5] لا تنفسخ الإجارة[6]، وأنه لا خيار للعبد ، وأنه لا رجوع له على سيده بأجرته .

فائدة : أخذ العوض[7] على فرض الكفاية والعين في صور[8] :

- **منها** : الاستئجار على تعليم الفاتحة بحيث يكون فرض كفاية [١١٢ن/أ] يجوز ، وكذا إذا تعين [على الأصح][9] .

---

(١) من (ق) .

(٢) من (ك) .

(٣) القائل : هو ابن الملقن ، وهي ساقطة من (ق) .

(٤) من (ق) .

(٥) في (ق) : « أنها » .

(٦) لأن السيد أزال ملكه عن المنافع بالعتق ، فتناول ما بقي ملكًا له .

(٧) في (ق) : « العوضين » .

(٨) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٢٥-٢٢٦) ، « قواعد الزركشي » (٣/٢٨-٣٢) .

(٩) من (ق) .

- [**ومنها** : الاستئجار على تجهيز الموتى حيث يكون فرض كفاية يجوز ، وكذا إذا تعين على الأصح][١] .

- **ومنها** : إطعام المضطر حيث يصير فرض [عين][٢] على المذهب جواز أخذ العوض[٣] عليه .

- **ومنها** : إنقاذ الغريق ، قالوا : لا تثبت عليه أجرة المثل ، وفرقوا بينه[٤] وبين المضطر بأنه[٥] قد لا يكون للمضطر مال .

قلت[٦] : وفرقوا أيضًا بأنه لا يجوز التأخير في الأول بخلاف الثاني ، وفيه نظر ، لا جرم سوى القاضي أبو الطيب بينهما فقال : إن احتمل الحال فيمن وقع في ماء أو نار لتعذر أخذه لم يلزمه تخليصه حتى يلتزمها كما في المضطر ، وإن لم يحتمل الحال في المضطر التأخير لم يلزمه العوض ولا فرق بينهما .

- **ومنها** : لو أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين ليعلمها ، الأصح : الصحة بخلاف ما لو نكح امرأة على أداء شهادة لها عنده ، أو على تلقين كلمة الشهادة[٧] يصح الصداق ، قاله البغوي .

- **ومنها** : على الأم أن ترضع ولدها اللِّبَأَ ولها أخذ الأجرة عليه على المذهب .

- والقاعدة في [١٠٠ق/أ] فرض الكفاية [أنه][٨] إن تعين بمحل أو كتجهيز

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) كذا في (ك) ، وفي (ن) : « كفاية » ، وهي ساقطة من (ق) .

(٣) وقعت في (ن) : « الفرضين » ، وفي (ق) : « العوضين » .

(٤) في (ن) : « بأن بينه » .

(٥) في (ن) : « أنه » .

(٦) القائل : هو ابن الملقن .

(٧) أي : إذا كانت المنكوحة كتابية .

(٨) استدراك من (ك) .

الميت[1] فإن محله التركة ، فإن لم يكن فهو فرض كفاية ، وإن لم يكن كالجهاد ، فإنه على المسلمين[2] بكل حال ، فالنوع الأول يجوز أخذ الأجرة عليه ، لا الثاني ، لكن للإمام[3] على الأصح أن يستأجر الذمي ، وفي هذه القاعدة مسائل أخر .

- **منها** : أنه لا يجوز استئجار المسلم للجهاد ؛ لأنه إذا حضر[4] الصف تعين عليه[5] ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه ، وعن الصيدلاني أنه يجوز [أن][6] يعطى الأجرة من سهم المصالح .

- **ومنها** : من دُعي للتحمل ولا رزق له في بيت المال ، له أخذ الأجرة إن لم يتعين ، وكذا[7] إن تعين في الأصح ، وقال أبو الفرج الزاز إن أبا[8] التحمل فلا أجرة [له][9] ، فإن دعي للأداء فليس له أخذها ؛ لأنه فرض توجه عليه ، وهو كلام يسير ولا أجرة لمثله ، وجزم [صاحب][10] « الحاوي الصغير » أنه لو أخر الركوب وإن لم يركب ، قال القاضي : وإذا [١١٢ن/ب] دعت الضرورة إلى إعارة الدلو والرشا وجب العوض .

---

(١) كذا في (ك) ، وفي (ن) : « أنه تعين المحل أو لا لتجهيز الميت » ، وفي (ق) : « إن تعين المحل أو لا فتجهيز الميت » .

(٢) وقعت في (ن) : « المسألتين » .

(٣) في (ق) : « الإسلام » .

(٤) في (ن) : « جعل » .

(٥) في (ن) : « له » .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ن) : « وأما » .

(٨) في (ق) : « أتاه » .

(٩) من (ق) .

(١٠) من (ن) .

قاعـــدة

« فرض العين لا يؤخذ عليه أجرة في مسائل »[(١)] :

- **منها** : لو قال : صلِّ الظهر لنفسك ولك عليَّ دينار ، فصلى صحت ولا دينار ، قاله الرافعي في الظهار .

- **ومنها** : الأصح وجوب [بذل][(٢)] فضل ماء الماشية ، وأنه[(٣)] لا يجوز أخذ العوض عنه ، وفي الآدمي نظر ، [وينبغي][(٤)] وجوب العوض ؛ فإن المعنى في الماشية تتبع[(٥)] الكلأ[(٦)] ، وهو مفقود[(٧)] فيه .

- **ومنها** : على قول الإجبار في وضع[(٨)] الجذوع لو صالح على مال لم يجز ؛ قالوا : لأن من ثبت له حق لا يجوز [له][(٩)] أخذ العوض [منه][(١٠)] عليه .

- **ومنها** : من تعين عليه قبول الوديعة كمن [لم][(١١)] يكن هناك غيره ، وخاف

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٢/٨٧) .

(٢) من (س) .

(٣) في (ق) : « ولأنه » .

(٤) من (س) ، وفي (ق) : « وفي » .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « منع » .

(٦) في (ق) : « الكلام » .

(٧) وقعت في (ن) و(ق) : « المقصود » .

(٨) في (ق) : « موضع » .

(٩) من (ق) .

(١٠) من (س) .

(١١) من (س) .

إن لم يقبل هلاكَها، قال صاحب «المرشد»[١]: لا يجوز له أخذ أجرة الحفظ لتعينه عليه، وتجوز[٢] أجرة مكانها، ويؤيده ما نقله الرافعي عن أبي الفرج أن الواجب أصل القبول دون إتلاف منفعة نفسه، وحفظه في الحرز من غير عوض، [غير][٣] أن صاحب «المرشد» يقول: إن نفس الحفظ لا يؤخذ عليه أجرة، وأبو الفرج يقول: [تؤخذ][٤]، وإليه يميل بحث الرافعي، وخرج ابن الرفعة في المسألة خلافًا في[٥] أن من تعين عليه تعليم [امرأة][٦] قراءة الفاتحة هل يجوز أن يجعل ذلك صداقها؟[٧] ومن أنقذ غريقًا مع اتساع الزمان لطلب[٨] الأجرة، هل يستحقها؟ ونظائرها كما سلف، وأما أصل القبول فليس عملًا يقابل حتى يقال هل يؤخذ عليه أجرة؟ وإنما العمل الحفظ[٩].

---

(١) «المرشد في فروع الشافعية» في مجلدين متوسطين لابن أبي عصرون، عبد الله بن محمد الموصلي الشافعي المتوفى سنة (٥٨٥هـ)، وهو أحكام مجردة بلفظ وجيز كانت الفتوى عليه في مصر قبل وصول الرافعي إليها. راجع: «كشف الظنون» (٥٣٧/٢)، «طبقات الفقهاء الشافعية» (٣٤٣/١- رقم ٣٢٨).

(٢) في (ق): «ويكون».

(٣) من (ق).

(٤) من (ق).

(٥) في (ن) و(ق): «من».

(٦) من (س).

(٧) في (ن): «صداقًا».

(٨) في (ن) و(ق): «وطلب».

(٩) قال ابن السبكي: «والأشبه جواز الأخذ فيه وإن تغير، كما مال إليه الرافعي».

قاعــدة

« الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في صور »[١] :

الأولى : الإجارة ثابتة على خلاف الدليل لكون[٢] المنافع لم توجد بعد لعموم الحاجة ، ثم يَطَّرد[٣] إجزاؤها [١٠٠ق/ب] من غير نظر في حق الآحاد إلى قيام الحاجة .

الثانية : [ضمان الدرك][٤] جائز على المنصوص ، وهو مخالف لقياس[٥] الأصول ؛ فإن البائع إذا باع ملك نفسه فما أخذه من الثمن ليس بدين عليه حتى يضمنه .

الثالثة : مسألة العلج[٦] الدال على القلعة بجارية منها : يَصح للضرورة مع [أن][٧] الجعل يجب أن يكون معلومًا [مقدورًا][٨] على تسليمه ، مملوكًا إذا كان معيَّنًا [١١٣ن/أ] وهذه الشروط مفقودة هنا .

---

(١) راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٤٦) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢١٨/١) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيْم (٩٣/١) ، « قواعد العز » (٢٨٦/٢) ، « قواعد الزركشي » (٢/ ٢٤) ، « شرح القواعد الفقهية » للزرقا (رقم : ٣١) ، « القواعد » للندوي (ص : ١٤٢ ، ١٤٣ ، ٢٣٣) .

(٢) وقعت في (ن) : « لكن » .

(٣) في (ن) : « نظر » ، وفي (ق) : « يطرأ جوازها » .

(٤) استدراك من (ك) .

(٥) في (ق) : « لقيام » .

(٦) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « الصلح » .

(٧) سقطت من (ن) .

(٨) من (ق) ، ووقعت في (ن) : « معه ولم يكن » .

الرابعة : الجعالة ثابتة[١] على خلاف الأصل في المجهول الذي لا يمكن أن يستأجر عليه ، ومع ذلك يصح على العمل [المعلوم][٢] على الأصح .

الخامسة : استئجار أهل الذمة على الجهاد ، حيث قلنا : إنه إجارة لا جعالة تجوز مع الجهل بالعمل[٣] .

السادسة : أن يتترس الكافر الواحد بالمسلم يمنع قصد المسلم بحال رعاية[٤] المسلم أنه مستسلم ، فهو كما لو أكره الكافر مسلمًا على قتل مسلم ، وهذه قاعدة مقررة ، فلو خيف قصد التقاء الصفين وتترسوا ولم يقصد التترس لاصطدام الجند وعلت راية الكفر فههنا وجهان ، فهذه الحاجة عامة ، نقل الشيخ زين الدين[٥] عن الإمام أنه قال في كتاب النكاح في النظر المحرم حيث يباح للمعالج[٦] ، ورأى أنه يلحق بالتيمم خلافًا ووفاقًا ، كالمرض المضني وطوله ، قال : ولا يختلف فيه هنا وإن اختلف هناك ؛ لأن الانتقال إلى التراب[٧] من الأحوال النادرة بخلاف الحاجة إلى التكشف ، قال : ومن مراتب الكلام تنزيل ما يعم - وإن خفَّ[٨] - تنزيل ما يثقل إذا اختص .

فائدة : شرط المأجور أن يكون مقدورًا على تسليمه[٩] ، مملوك المنفعة لمن

---

(١) وقعت في (ن) : « بما فيه » .
(٢) من (ك) .
(٣) وقعت في (ن) : « بالعلم » .
(٤) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « عارية » .
(٥) أي : زين الدين ابن الوكيل .
(٦) وقعت في (ن) : « للصالح » ، وفي (ق) : « للمصالح » .
(٧) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « الثواب » .
(٨) في (ن) : « فإن خيف » .
(٩) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٨٥) .

وقع العقد له، وأن لا يتضمن استهلاك عين[١]، وأن يستعقب الإجارة القدرة على الانتفاع، وأما المنفعة فشرطها أن تكون متقومة معلومة مباحة [يلحق العامل بها كلفة ويتطوع بها الغير عن الغير، ومنفعة الكلب مباحة][٢] غير مملوكة على ما قاله الشيخ أبو خلف[٣][٤]، وشبههُ بالمستعار، وفيه وجه آخر: أنها مملوكة، حكاه الماوردي وخرج عليه جواز إجارته للصيد[٥] قال الجرجاني: منفعة الكلب مباحة غير مملوكة مقصودة والثلاثة مباحة، ومنفعة الغِنَاء والزمر وحمل اللحم للإراقة محرمة على[٦] الأصح في المسألتين.

* * *

(١) في (ن) و(ق): «غيره».

(٢) ما بين المعقوفتين من (ن).

(٣) هو محمد بن عبد الملك بن خلف، أبو خلف السَّلْمي الطبري، أخذ عن القفال، والأستاذ أبي منصور البغدادي، ومن تصانيفه: «شرح المفتاح» لابن القاص، و«المعين» في الفقه والأصول، و«سلوة العارفين وأنس المشتاقين» في التصوف، و«الكفاية» في الفقه توفي في حدود سنة سبعين وأربعمائة (٤٧٠هـ)، راجع ترجمته في: «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن قاضي شهبة (١/٢٤٠- رقم ٢٢١).

(٤) في (ق): «أبو حامد».

(٥) في (ن): «إجارة الضيف».

(٦) في (ق): «في».

باب إحياء الموات

قاعـدة

« ما نصبه الشارع سببًا من قول أو فعل فقد[١] تقوم النية مقامه فيها [في][٢] صور ولو على وجه »[٣] :

– **منها** : إذا أحيا أرضًا بنية[٤] جَعْلِها مسجدًا [صارت مسجدًا][٥] بمجرد النية ولا يحتاج إلى اللفظ[٦] ، كما في الوقف في « الحاوي » .

قلت[٧] : قد خولف فيه كما أوضحته في « شرح المنهاج » .

– **ومنها** : لو نوى جعل[٨] [١١٣ن/ب] شاة في ملكه أضحية أو هديًا [١٠١ق/أ] صارت أضحية على وجه .

قلت : وهو القديم ، والجديد [الصحيح :][٩] المنع ، فعلى الأول فيما يصير هديًا أو أضحية أربعة أوجه :

أحدها : بمجرد النية ، **ثانيها** : به والتقليد والإشعار .

---

(١) كذا في (ك) ، وفي (ن) : « فهل » ، وفي (ق) : « فهو » .

(٢) من (ك) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١١٩) .

(٤) في (ن) و(ق) : « ميتة » .

(٥) من (ن) .

(٦) في (ق) : « لفظ » .

(٧) القائل : هو ابن الملقن .

(٨) في (ن) : « جعله » .

(٩) من (ق) .

ثالثها : به والذبح . **ورابعها** : به والسوق إلى الذبح .

- **ومنها** : لو اشترى شاة بنية التضحية أو الإهداء صارت[١] كذلك عند [الإمام][٢] أبي حنيفة ، و[الإمام][٢] مالك ، وفي « التتمة » وجه كمذهبهما ، قال الرافعي : « وغالب الظن أن هذا الوجه صدر عن غفلة بل هو الوجه في دوام الملك » ، يعني المتقدم .

- **ومنها** : قصد الجناية[٣] في اللقطة[٤] هل يقوم مقام الجناية حتى يصير ضامنًا ، وجهان ؛ أصحهما : لا ، وفي المودع[٥] أيضًا وجه ضعيف .

قلت[٦] : والأصح المنع [اللهم][٧] إلا أن يتصل بنيته فعل من المحرم[٨] ، كما في قطع القراءة مع السكوت ، أما إذا أخذ المودع على قصد الجناية[٣] صار ضامنًا ، وكذا الملتقط .

قلت : ولو نوى أن لا يرد الوديعة وقد طلبها المالك ففيه الخلاف المذكور ، واختار الماوردي أنه يضمن قطعًا ، وكذا لو كان الثوب في صندوق غير مقفل ففتح رأس الصندوق ليأخذ[٩] الثوب ثم يبذله[١٠] ففيه الخلاف ، وأهمل الشيخ[١١] صورًا .

---

(١) في (ن) : « جازت » .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ن) ، و(ق) و(ك) : « الخيانة » .

(٤) في (ن) و(ق) : « اللفظ » .

(٥) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « الموضع » .

(٦) القائل : هو ابن الملقن .

(٧) من (ق) .

(٨) في (ن) : « الحرز » .

(٩) في (ن) : « فيأخذ » .

(١٠) في (ن) و(ق) : « بداله » .

(١١) يعني : صدر الدين ابن الوكيل .

- **منها** : إذا نوى بمال التجارة القنية انقطع حول التجارة ، ولو نوى بما عنده للقنية التجارة [لم ينعقد الحول ؛ لأن مجرد هذه النية][1] لا تؤثر إلا إذا اقترنت بالشراء أو البيع ، وفيه وجه للكرابيسي[2] من أصحابنا أن بمجرد نية التجارة ينعقد الحول ويصير ذلك مال تجارة .

- **ومنها** : لو نوى قطع السفر في أثناء سفر القصر بأن[3] عزم على الإقامة بموضعه والرجوع إلى وطنه انقطع سفره وكان ابتداء سفره من هناك إذا سافر .

- **ومنها** : إذا نوى قطع القراءة في الصلاة مع سكتة يسيرة ، فإن قراءته تبطل على الأصح ، أما مع عدم السكوت ، فلا تؤثر نيته قطعًا كما سلف في كتاب الصلاة .

فروع : [سلفت][4] في الطهارة أيضًا : تبطل الصلاة بنية الخروج منها كالإسلام وكذا بالتردد في ذلك بخلاف الحج والعمرة ، لأنهما لا يبطلان بالفعل المفسد ، فالنية أولى [١١٤ن/أ] .

ولو نوى الوضوء في أثنائه لم يبطل ما مضى على الأصح بل يجدد النية ، ويأتي بما بقي ، ولو نوى قطعه بعده فلا أثر لذلك على الأصح ؛ إذ ليس للنية

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٢) هو الحسين بن علي بن يزيد ، أبو علي ، البغدادي ، الكرابيسي ، أخذ الفقه عن الشافعي ، وكان أولًا على مذهب أهل الرأي ، كان متكلمًا عارفًا بالحديث ، له تصانيف كثيرة في الأصول والفروع ، قال العبادي : لم يتخرج على يدي الشافعي بالعراق مثل الحسين ، وروى كتاب القديم عن الإمام الشافعي ، وسمي بالكرابيسي ، لأنه كان يبيع الكرابيس ، وهي الثياب الغليظة ، توفي سنة ثمان وأربعين ومائتين (٢٤٨هـ) .

راجع ترجمته في : « طبقات الفقهاء الشافعية » لابن قاضي شهبة (١/٣١- رقم ٨) .

(٣) في (ن) : « بل » .

(٤) من (ن) .

حينئذ مدخل [١٠١ق/ب] فيه .

والصيام [والاعتكاف][1] لا يبطلان بقطع النية أيضًا على الأصح ، واختار جماعة مقابله ، وذكر القاضي أن في نصه ما يدل عليه ، ولو نوى الخروج من الصوم بالأكل أو الجماع ، فقال النووي في « شرح المهذب » : المشهور بطلانه في الحال ، يعني على القول بأن نية الخروج فيه مبطلة ، وقيل : لا يبطل حتى يمضي زمن الأكل أو الجماع ، وحكى ابن الرفعة عن القاضي أنه لا يبطل صومه بهذه النية أصلًا ، وهو ظاهر ؛ أي لأن الكفارة[2] إنما تجب على المجامع لإفساده ، ولو كان العزم كالفعل لم يصادف الجماع صومًا يفسد فلا كفارة ، كما [لو][3] أكل قبله ولا قائل به ، فلو قلب نية العبادة من صفة إلى أخرى ، فإن كان ذلك في الصلاة فهو مبطل لها بغير سبب ، وإن كان فالنص على أنه [إن] لم يحرم بالصلاة منفردًا[4] ثم حضر جماعة أنه[5] ينقلها نفلًا ثم يصلي معهم ، وأما [في][6] الصوم فيتخرج على الخلاف السالف .

وحكى القاضي عن النص أنه[7] قال في صوم [الكفارة] : الظاهر إن صام فيها يومًا تطوعًا أو غيَّر النية إلى التطوع ، فعليه أن يستأنف وهو ظاهر ، في أن[8] تغير النية

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ق) : « الكفاية » .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ن) : « مفردًا » .

(٥) في (ن) : « أن » .

(٦) من (ق) .

(٧) في (ن) : « أنه لو » .

(٨) في (ن) : « وأن » .

من صوم الكفارة إلى صوم التطوع يفسد النية .

فائدة : قال ابن الرفعة هنا[١] : « **أسباب الملك ثمانية** : الميراث- والمعاوضات- والهبات- والوصايا- والوقف- والغنيمة- والإحياء- والصدقات »[٢]. انتهى .

و[قد][٣] بقي عليه أسباب أخر :

منها : تملك[٤] اللقطة بشرطه .

ودية القتل يملكها أولًا ، وكذلك يؤتي منها دينه .

والجنين[٥] ، الأصح أنه يملك الغرة .

وخلط الغاصب المغصوب بماله ، أو [بمال][٦] آخر لا يتميز ، يوجب تملكه إياه على الأصح[٧] .

والضيف يملك ما يأكله [على الأصح إما بالوضع بين يديه أو في الفم أو][٨] بالأخذ أو بالازدراد ، ففي حصول الملك قبيله وجوه ، وقد يجاب بدخوله في الهبة .

وذكر الجرجاني في « المعاياة »، والروياني في « الفروق » أن السابي[٩] إذا

---

(١) أي : في باب إحياء الموات من كتابه « الكفاية » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٢- ٣٦٣)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/ ٥٩٢)، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٣٤٠)، « قواعد الزركشي » (٣/٢٣١) .

(٣) من (ن) .

(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « طلب » .

(٥) وقعت في (ن) : « والحيض » .

(٦) من (س) .

(٧) عند الرافعي والنووي .

(٨) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٩) في (ن): « العامي » .

وطئ[(١)] [المسبية][(٢)] كان متملكًا لها ، وهو غريب عجيب [١١٤ن/ب] .

والوضع بين يدي الزوج المخالع[(٣)] على الإعطاء على الأصح ، والأصح أنه يملك[(٤)] وقال الشيخ أبو علي : يبدل بمهر المثل ، وفي كلام الماوردي ما[(٥)] يخرج منه وجه ثالث : أنه يستحق بالوضع ووقوع الطلاق[(٦)] بتلك الألف أو أخرى ، ويدخل في المعاوضات [١٠٢ق/أ][(٧)] .

قاعـــدة

مستنبطة : « **إذا تعلق بشيء واحد حق اثنين فصاعدًا فهل نقول : كل[(٨)] منهما يستحقه على التمام والكمال** »[(٩)] .

ولكن ضرورة الازدحام[(١٠)] أدت إلى التناصف ، أو[(١١)] إنما يستحق بقسطه[(١٢)]

---

(١) وقعت في (ن) : « ولي » .

(٢) من (ق) .

(٣) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « المجامع » .

(٤) فلو قال : إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق ، كفى الوضع بين يديه على الصحيح ، والصحيح أنه يملك به .

(٥) في (ن) و(ق) : « أنما » .

(٦) وقعت في (ن) و(ق) : « الثلاث » .

(٧) في « ابن السبكي » : « وقد يجاب عن هذه الصورة بدخولها في المعاوضات » .

(٨) في (ن) : «نزل كلًّا» .

(٩) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (٢٤٦/١) .

(١٠) في (ق) : « الزحام » .

(١١) في (ن) و(ق) : «و» .

(١٢) في (ق) : « بسقطه » .

[منه][1] ، فيه تأمل ، والظاهر الأول ، وفي كلام ابن سريج ما يشهد له كما بينه عنه في « النهاية » في باب الأقضية واليمين [مع][2] الشاهد[3] ، في مسألة ما إذا وقف على أولاده ثم[4] أولاد أولاده ، وكانوا ثلاثة ، والوقف يصرف أثلاثًا فتجدد ولد له فصار أرباعًا .

ويتخرج على القاعدة فروع :

– **منها** : إذا حمى الإمام أرضًا فدخل واحد من الرعية فرعاه ومنع غيره ، قال القاضي أبو حامد : لا يعزر ؛ لأنه استوفى حقه .

– **ومنها** : ما لو زال ملك المشتري ثم عاد بعوض وأفلس فهل له حق الرجوع في عين[5] المبيع للبائع[6] الأول لسبقه، أو للثاني لقرب حقه ، أم يشتركان ويضارب كلٌّ بنصف الثمن ، فيه [أوجه][7] ، أقيسها : كما قال الإمام[8] ، وعلى الثالث[9] إنما اشتركا لثبوت الحق [لكل منهما على التمام ، بدليل أنه لو عفا[10]

---

(١) من (ن) .

(٢) سقطت من (ن) و(ق) .

(٣) وقعت في (ن) : « الشهادة » .

(٤) في (ن) و(ق) : « و » .

(٥) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « تنجيز » .

(٦) كذا في (س) ، وفي (ن) : « الباذل » ، وفي (ق) : « للتأويل » .

(٧) من (ن) .

(٨) ورجح إمام الحرمين الوجه الثاني وقال في « النهاية » : « إنه القياس » ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٢٤٨/١) .

(٩) في (ق) : « الثاني » .

(١٠) وقعت في (ن) : « فعلى » .

الأول كان الحق][1] للثاني قطعًا ، صرح به الإمام في « النهاية » قال : ولو عفا[2] الثاني ، فهل[3] للأول الرجوع[4] ؟ فيه وجهان مبنيان على ما لو زال وعاد بلا عوض [والله أعلم][5] .

❋ ❋ ❋

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) كذا في (س) وفي (ن) و(ق) : « على » .

(٣) وقعت في (ن) : « فعلى » .

(٤) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « الوقوع » .

(٥) من (ن) .

باب الوقف

فائدة : قول ابن الصلاح[١] : « إن وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي لا يقتضي الترتيب ، فيكون وقفًا عليهما معًا ، يقتضي خلافًا في أن (ثم) للترتيب [ولم يقل أحد إنه إذا أتى بالواو أنه يكون للترتيب][٢] وإن قيل : إن الواو للترتيب ، فلو قال : إن دخلتي الدار وكلمتي زيدًا فأنت طالق ، فلا بد من وجودهما في وقوع الطلاق ، ولا يقع بهما إلا طلقة واحدة ، ولا فرق بين أن يتقدم الكلام أو يتأخر » .

وفي « التتمة » ما يقتضي إثبات خلاف فيه ؛ لأنه قال : « من جعل الواو للترتيب فلا بد عنده من أن [١١٥ن/أ] يتقدم الدخول على الكلام ، والرافعي قال : « ومن الأصحاب من جعل الواو للترتيب » وذكر- أعني الرافعي- في آخر باب القسم والنشوز : « أنه لو قال لوكيله : خذ مالي ثم طلقها لم يجز تقديم الطلاق » .

ولو قال : خذ مالي و[٣] [١٠٢ق/ب]طلق ، فهل يشترط تقديم أخذ المال [أو لا يشترط كما لو قال : طلقها [وخذ مالي ؟ فيه وجهان : رجح صاحب « التهذيب » الأول ، وقال : ولو قال طلقها][٤] ثم خذ مالي ، جاز تقديم أخذ المال][٥] على الطلاق ؛ لأنه زاده خيرًا[٦] .

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٤٥- ٤٦) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٢/٢١٩) .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٣) وقعت في (ن) و(ق) : « ثم » .

(٤) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٥) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٦) في (ق) : « زيادة خير » .

قلت[١] : الذي جزم به الرافعي في مسألة الوقف أنه للترتيب وما ذكره الشيخ تقي الدين[٢] هو وجه حكاه القاضي عن العبادي، ونقل ابن أبي الدم أن (ثم) و(الواو) عند العبادي سواء، وهذا النقل عجيب، فإن صيغة « ثم » للترتيب إجماعًا، فإن صح النقل عنه فلعله قال : لأن (ثم) وقعت استثناء فلا يدخل الترتيب فيه كقوله : هذا ثم هذا .

قاعـــدة

« ما تتوقف أحكامه من المعاملات على الصيغة إن توقف على القبول [قطعًا ارتد بالرد قطعًا ، وإن لم يتوقف على القبول على رأي][٣] فلا يرتد بالردِّ على رأي ، نعم [في الوكالة][٤] لا يشترط القبول فيها على رأي ، ولا أعلم خلافًا أنها ترتد بالرد ، أما الخلاف ففي صور »[٥] .

– **منها** : الوقف على معين أو [على][٦] معينين في قبوله ورده خلاف أوضحته في « شرح المنهاج » فلا بد لك من مراجعته منه[٧] .

---

(١) القائل : هو ابن الملقن .

(٢) يعني : تقي الدين بن الصلاح .

(٣) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٤) من (ك) .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٩٦– ٩٧) .

(٦) من (ق) .

(٧) قال ابن الوكيل : « والأصح عند الإمام ، وجماعات : اشتراط القبول إذ يبعد دخول عين ، أو منفعة في ملكه بغير رضاه ، وعلى هذا فليتصل بالإيجاب كما في البيع ، واختار البغوي ، والروياني : عدم اشتراطه ، كالعتق ...» (ص : ٩٧) .

- ومنها : الوصية والمذهب افتقارها إلى القبول ، وفيه قول بعيد ، وترتد بالرد قطعًا .

- **ومنها** : لو أوصى لِعبد إنسان واستمر رقه إلى حين القبول فهو وصية للسيد ، ولا يحتاج قبوله إلى إذن السيد على الأصح ، فلو منعه من القبول [فقبل][1] قال الإمام : « الظاهر عندي الصحة كما لو نهاه عن الخلع فخالع » ، فإن[2] قلنا : لا يصح من غير إذن السيد [فلو رد السيد][3] فهو أبلغ من عدم الإذن ، فلو بدا له أن يأذن بعد ذلك في القبول ، ففيه احتمال للإمام .

فائدة : ما احتمل في العتق لقوته هل يلتحق به الوقف ؟ ذكروا فيه خلافًا في صور[4] :

الأولى : لو أعتق [أحد][5] العبدين لا على التعيين نفذ العتق فيهما وعين [في][6] أحدهما بطريقة ، ولو وقف إحدى الدارين نفذ على وجه ضعيف .

الثانية : لو اشترى عبدًا بشرط العتق[7] صح على المذهب ، فعلى هذا لو اشترى دارًا [١١٥ن/ب] بشرط الوقف لا يصح على الأصح .

الثالثة : لو أعتق المرهون وقلنا بصحته مطلقًا وإن كان موسرًا فهل يلتحق به الوقف ؟ فيه خلاف ، والأصح : المنع .

الرابعة : عتق المبيع قبل القبض صحيح على الأصح ، وهل يلتحق به الوقف ؟

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ق) : « وإذا » .

(٣) من (ن) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٠٤) .

(٥) سقطت من (ن) .

(٦) من (ق) .

(٧) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « التعيين » .

فيه خلاف بناه المتولي في هذه وفي التي قبلها على أن الوقف هل يفتقر إلى القبول أم لا ؟ فإن قلنا : لا يفتقر فهو كالعتق ، وبإلحاقه بالعتق[١] أجاب الماوردي وقال : إنه يصير قابضًا ، حتى لو لم يرفع البائع يده [عنه][٢] يصير مضمونًا بالقيمة ، وكذا قال في إباحة الطعام للفقراء [١٠٣ق/أ] والمساكين إذا كان قد اشتراه جُزافًا .

فائدة : الوقف بمنزلة بين العتق والبيع ، شابه العتق من حيث القربة[٣] ، ولأنه ينتقل إلى الله تعالى ، وشابه[٤] التمليك ، وقد قيل بانتقاله إلى الموقوف [عليه][٥] فإذًا لا سبيل إلى تقديمه على العتق ، ولهذا اختلف أصحابنا في تصرف المفلس وقفًا وعتقًا ، والأصح عند صاحب « البيان » : أن العتق يفسخ قبل الوقف لقوته وسرايته ، وخالف ابن الصباغ ما نقله النووي ، وعزاه إلى « الشامل » ، وليس فيه إلا جعل العتق والوقف في قرن واحد كما نبه عليه إسماعيل الحضرمي[٦] ، وغريب منه أن قال : ولنا قول أن العتق يقدم في تبرعات الموصي المزدحمة في غيره ، ولم يجئ في الوقف نظيره .

---

(١) في (ن) : « وإلحاقه العتق » .

(٢) من (ن) .

(٣) وقعت هذه العبارة في (ن) كذا : « العتق بمنزلة بين القربة » ، وفي (ق) : « العتق بمنزلة بين العتق للقربة » ، والتصحيح من (س) ، وانظر : « الأشباه والنظائر » (١/٣٥٩) .

(٤) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « والبيع » .

(٥) في (ق) : « إليه » .

(٦) هو إسماعيل بن محمد بن إسماعيل بن علي بن عبد الله بن إسماعيل بن ميمون ، الشيخ الإمام ، الولي ، العارف ، قطب الدين الحَضْرَمي ، شارح المهذب ، مصنفاته فيما يتعلق بالمذهب ببلاد اليمن شهيرة ، وكراماته ظاهرة كادت تبلغ التواتر ، توفى سنة ست وسبعين وستمائة (٦٧٦هـ) ، راجع ترجمته في : « طبقات الفقهاء الشافعية » لابن قاضي شهبة (١/٤٥٣- رقم ٤٣١) .

والبيع بشرط العتق صحيح على الأظهر ، وبشرط الوقف ، الأصح : لا .

وعتق المرهون صحيح على الأظهر للموسر ، ودون غيره ، فيه طريقان كالعتق والأصح : القطع بالمنع .

وبيع المبيع قبل قبضه باطل ، وعتقه الأصح : صحته ، ووقفه ، قال في « التتمة » : إن قلنا : يفتقر إلى القبول فكالمبيع ، وإلا[١] فكالعتق ، وقال الماوردي : إنه كالعتق ، وكذلك قال في الصدقة : حيث قال ولو تصدق[٢] بالمبيع قبل قبضه كان كالوقف ، وإباحة الطعام للفقراء كالصدقة ، وفيما لم يتصل بالقبض ولم يكن بإذن بائع له حق الحبس ، ولم تتلف في يد المتصدق ، عليه نظر .

وعتق أحد العبدين صحيح كما مر ، [والله أعلم][٣] .

❋ ❋ ❋

(١) وقعت في (ن) : « والأول » .

(٢) في (ن) : « تصدقت » .

(٣) من (ن) .

كتاب[1] الوكالة

قاعـــدة

« **ما لا يجوز تصرفه لا** [١١٦ن/أ] **يجوز توكيله ولا وكالته** »[2] .

إلا الصبي المميز ، فإنه تصح وكالته في الإذن في دخول الدار وحمل الهدية .

قلت[3] : وكذا السفيه ، فإنه لا يُقبل النكاح [لنفسه][4] بلا إذن ، ويقبل لغيره في الأصح ، ويجوز أن يكون وكيلًا عن المرأة في اختلاعها من زوجها ويصح ، وتبين إذا أضاف المال إليها ؛ لأن الحجر على السفيه لدفع الضرر عنه [ولا ضرر عليه][5] في قبول الخلع ، نقله الرافعي في الخلع عن صاحب « التتمة » ، وقيد به قول صاحب « المهذب » : « أن السفيه لا يتوكل عن المرأة في الخلع » ، فقال : هذا [فيما إذا أطلق][6] لا فيما إذا أضاف إليها ، وهو ظاهر ولا يخفى أنه لا يخالع عن نفسه ، فقد جاز كونه وكيلًا فيما [لا][7] يمكنه أن يتولاه عن نفسه .

---

(١) في (ق) : « باب » .

(٢) ذكر ابن الملقن هذه القاعدة في كتاب الصلح ونقل ثمَّ كلام ابن الوكيل ، ثم كررها هنا ولكنه نقل هنا كلام ابن السبكي ، راجع القاعدة في : « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٢٨) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٢٥/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٧٩٥/٢) .

(٣) القائل : هو ابن الملقن نقلًا عن ابن السبكي .

(٤) من (س) .

(٥) من (س) .

(٦) تكررت في (ن).

(٧) من (ق) .

وكذا [الكافر][1] في شراء المصحف ، والمسلم للمسلم ، وكذا في طلاق المسلمة- وبه صرح الرافعي في الخلع [حيث قال : يجوز أن يكون وكيل الزوجة [١٠٣ق/ب] والزوج][2] يعني في الخلع - ذميًا ؛ لأن الذمي قد يخالع المسلمة ويطلقها ، ألا ترى أنه لو أسلمت المرأة وتخلف الزوج فخالعها في العدة ثم أسلم حُكم بصحة الخلع . انتهى[3] .

ولو عبر بالكافر لكان [أولى و][4] أشمل ، وهو ما عبر به في « الحاوي » أعني الماوردي ، وعليه دل[5] نص الإمام الشافعي ، ويستثنى أيضًا ما لو وكل حلالٌ محرمًا في أن يُوكل حلالًا بالتزويج[6] .

فائدة : القرائن هل تفيد العلم أم لا[7] ؟ ذهب النظام ، وإمام الحرمين إلى إفادتها ، وأنكره الجمهور ، والمختار : إفادتها في [بعض المواضع][8] ، وفيه صور :

- **منها** : الاعتماد على قول الصبي المميز في الإذن في دخول الدار وإيصال الهدية[9] على الأصح ، كذا ذُكِر ، فإن أراد[10] بإفادة العلم في هذا العلم الذي هو

---

(١) من (س) .
(٢) ما بين المعقوفتين من (ق) .
(٣) وتبعه عليه النووي ، وابن الرفعة ، والسبكي .
(٤) من (ن) .
(٥) في (ن) : « قال » .
(٦) وهو الصحيح عند الرافعي والنووي ، والأصح عند السبكي خلافه .
(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٧٥) ، « قواعد الزركشي » (٣/ ٦٠) .
(٨) في (ق) : « مواضع » .
(٩) في (ق) : « الفدية » .
(١٠) يشير إلى صدر الدين بن الوكيل .

أعم من اليقين والظن الغالب، فهو مجاز، ولا ينبغي للجمهور أن ينكروا حصول الظن بها في بعض المواضع، فإن أنكروا حصول العلم الحقيقي بها، فإن أراد العلم الحقيقي كما هو صورة المسألة، ففي الاستشهاد بمثل هذه الصورة نظر.

وليعلم أن الإطلاق فيما إذا انضمت إلى الخبر هل يفيد المجموع؟ ولا يلزم من إفادة المجموع إفادة الأجزاء؛ إذ غالب الصور المستشهد بها القرائن فيها مجردة عن[1] الخبر [وغيره، لكن ظاهر كلام الإمام، والأبياري [١١٦ن/أ] شارح «البرهان» في أوائل الأخبار أنها مفيدة للعلم مجردة عن الخبر][2]، والإمام فخر الدين[3] صرح بذلك في الأصلين في مسألة الدلائل النقلية[4].

- **ومنها**: إذا قال لزوجته: أنت طالق وقال: أردت من وثاق أو كان اسمها قريبًا من لفظ الطلاق كطالب وطالع وطارق، فحيث ظهرت القرينة؛ فإن الإمام الشافعي قال: لا تعتمد المرأة قوله، فلتمتنع منه حكاه الروياني [وقال الروياني][5] وغيره: إنما يعتمد على القرائن وعلى قوله إن كان صادقًا ولم يكن ما قاله تعمدًا[6]،

---

(١) في (ن): «على».

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

(٣) هو محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي، العلامة سلطان المتكلمين في زمانه، فخر الدين، أبو عبد الله القرشي، البكري، التيمي، الطبرستاني الأصل، ثم الرازي، ابن خطيبها، المفسر المتكلم، إمام وقته في العلوم العقلية، وأحد أئمة الدنيا في العلوم الشرعية، من تصانيفه: «التفسير الكبير»، و«المحصول من علم الأصول»، و«نهاية العقول»، و«المعالم في أصول الدين»، وغيرها، توفي سنة ست وستمائة (٦٠٦هـ)، راجع ترجمته في: «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن قاضي شهبة (١/٣٨٠- رقم ٣٦٦).

(٤) في (ق): «الفعلية».

(٥) من (ك).

(٦) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «بعيدًا».

وكذا الشاهد إذا شهد عليه بالطلاق مع القرائن، قال الروياني: «هذا هو الاختيار».

- **ومنها**: مسائل اللوث[١].

- **ومنها**: إذا حضر المقر على شهود، وقال: أنا أقر بكذا مكرهًا، وظهرت قرائن الإكراه، وأقر في تلك الحالة، فإنه لا يشهد عليه بما أقر، وقد بقي مما يُكتفى فيه بالقرائن مسائل:

- **منها**: هل تكفي المعاطاة في الإيجاب والقبول في المحقرات؟ فيه خلاف المشهور: عدم الاكتفاء.

وذهب جمعٌ إلى الاكتفاء، وخرجه ابن سريج قولًا، ومن الأصحاب من وافق [الإمام مالكًا][٢] في أن ما عده الناس[٣] بيعًا فهو بيع، واتفق[٤] على اعتبار معرفة الرضا، فجمهور [السادة][٥] الشافعية يقولون: إن الألفاظ هي الموضوعة لذلك، قال الشاعر:

إن الكلام لفي [١٠٤ق/أ] الفؤاد ... وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلًا

والمكتفون بها يجعلون مثل ذلك كافيًا[٦] ويعضده ما استفاض[٧] من عادة السلف، وما ظهر من بيع الرسول ﷺ من غير صيغة.

---

(١) اللَّوث: بالفتح البيِّنة الضعيفة غير الكاملة، ومنه قيل للرجل الضعيف العقل: ألوث، وفيه لوثة. «المصباح المنير» (ص: ٣٣٢).

(٢) في (ق): «مالكًا».

(٣) في (ق): «الإنسان».

(٤) في (ن) و(ق): «والعتق».

(٥) من (ن).

(٦) في (ن) و(ق): «كافٍ».

(٧) كذا في (ق)، وفي (ن): «استفاد».

– ومنها : لو عطب الهدي في الطريق فغمس [النعل][(١)] الذي قلده بها في الدم وضرب بها صفحة سنامه ، ففي جواز الأكل للمار بمجرد هذه القرينة قولان .

– ومنها : جواز أكل الضيف بالتقديم[(٢)] .

– **ومنها** : لو قال : إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق فوضعتها بين يديه ولم يتلفظ بشيء ، فإنه يملك المال ، ويقع الطلاق .

– **ومنها** : إذا قلنا باعتبار الصيغة لو كانت الصيغة مترددة كالكنايات[(٣)]، فإن لم تتوفر القرائن ففي الصحة وجهان ، وإذا[(٤)] توفرت وأفادت العلم [١١٧ن/أ] تعينت الصحة ، وهذا فيما لا يتأتى فيما تعبد[(٥)] الشرع بلفظه كالنكاح ، ولا ما كان [فيه][(٦)] شهود غيره ، كالوكيل إذا أمره الموكل بالإشهاد على رأي بعض المحققين .

– **ومنها** : لو قال لمن يعتاد منه الغسل بالأجرة : اغسل هذا الثوب فغسله ، فهل يستحق الأجرة ؟ فيه خلاف .

قلت[(٧)] : الأصح : [الصحة][(٨)] .

– **ومنها** : إذا جرى الخلع من غير ذكر المال فمطلقه هل ينزل على اقتضاء[(٩)] المال ؟ فيه وجهان ، أظهرهما عند الإمام والغزالي : نعم ، و[به][(١)] قال القاضي :

---

(١) من (ك) .

(٢) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): « بالمتقدم » .

(٣) في (ن): « والكنايات » .

(٤) في (ق) : « إن » .

(٥) في (ق) : « يعتد » .

(٦) من (ن) .

(٧) القائل : هو ابن الملقن .

(٨) من (ن) .

(٩) في (ن) : « انقضاء » .

لاقتضاء العرف ذلك .

– ومنها : لو وكل رجلًا في[1] أن يتجر و[لم][2] يشترط الربح هل يستحق أجرة المثل ؟ فيه الخلاف [واختيار القاضي .

– ومنها : قد علم أنه لا يجوز السوم على سوم الغير إذا رضي له][3] المالك ، فأما إذا جرى ما يدل على الرضى فهل يحرم السوم ؟ فيه وجهان كالقولين في نظيره [من][4] الخطبة على خطبة الغير ، والجديد : [أنه][5] لا يحرم .

– ومنها : لا بد في[6] قبض المرهون من إذن جديد ، فلو رهن من المودع هل يحتاج إلى إذن جديد من حيث إنه صار الرهن منه[7] قرينة في الإذن في القبض لكونه تحت يده .

قلت[8] : الأصح نعم .

– ومنها : من لم يعهد له مال ، وهو محبوس ، وقلنا : لا يقبل قوله فللقاضي أن يوكل به من يبحث عن منشئه ومولده ومنقلبه ، فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به ، والشهادة للمفلس كلها بالقرائن.

ومنها : [لو قال :][5] إن كنت حاملًا فأنت طالق ، وظهر بها أمارات الحمل ، ففي حلِّ وطئها خلاف .

---

(١) في (ق) : « على » .

(٢) سقطت من (ن) و(ق) .

(٣) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٤) سقطت من (ن) و(ق) .

(٥) من (ن) .

(٦) في (ن) : «من» .

(٧) في (ق) : « فيه » .

(٨) القائل : هو ابن الملقن .

قاعـــدة

« القادر على رفع الشيء هل يكون جحوده إياه رفعًا له ؟ » ، فيه خلاف [في صور :

- **منها** : إنكار الوكيل الوكالة هل يكون ردًّا لها][1] ، وأطلق الرافعي في باب التدبير ارتفاع الوكالة به .

- **ومنها** : إنكار الوصية .

فائدة : ما يشك [في][2] أنه من التوابع فيه صور[3] :

- **منها** : الوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن ؟ فيه خلاف .

قلت : الأصح نعم .

- **ومنها** : الوكيل بخصومه هل يستوفي [١٠٤ق/ب] ؟ والوكيل بالاستيفاء هل يخاصم ؟ فيه ثلاثة أوجه ، أعدلها : أن الوكيل بالاستيفاء يخاصم دون عكسه [١١٧ن/ب] .

فائدة : الوكيل في النكاح يجب عليه ذكر الموكل[4] ؛ لأن أعيان الزوجين مقصودان في النكاح ، ولا يجب في البيع لانتفاء المعنى[5] ، وقد قال صاحب « التقريب » تفريعًا على قولنا : « يوكل العبد في شراء نفسه من مولاه » وهو الأصح :

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٨١) .

(٤) كذا في (ك) ، وفي (ن) و (ق) : « التوكيل » ، وانظر : « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٤٦) .

(٥) وقعت في (ن) : « المعين » .

بشرط[١] التصريح ، بذكر[٢] الموكل ، لأن شراء النفس صريح في الإعتاق ، فلا ينصرف عن التصريح بالنية، وكذلك لو وكل عبد غيره في شراء نفسه من مولاه فعليه التصريح ؛ لأن السيد قد لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق [فلا ينصرف][٣] قبل وفاء الثمن، وفي الشرح عن « فتاوى القفال » : « أن وكيل المتهب يجب أن يصرح باسم الموكل ، وإلا وقع العقد له بجريانه معه ، فلا ينصرف إلى الموكل بالنية ، لكن الواهب قد يقصده بالتبرع ، بخلاف البيع فإن المقصود منه حصول العوض » .

فائدة : المسائل المتشابهة : عزل[٤] الوكيل الغائب ، والخلاف في انعزاله قبل بلوغ الخبر[٥] :

- **منها** : ما إذا أباحه ثمر بستان [ثم][٦] رجع، قال الغزالي : فما تناول قبل بلوغ الخبر فلا ضمان .

وحكى بعض المعلقين عن الإمام طريقين، وأجرى الجويني فيها قولي عزل الوكيل ، وأجاب الصيدلاني بالغُرْم ، لأنه لا يؤثر في بابه ، وإليه مال الإمام .

هكذا حكاه الرافعي لكن الذي أجاب به الإمام فيما لو رجعت واهبة في القسم أنه لا غرم على أكل الثمار .

- **ومنها** : لو رجعت واهبة في نوبتها ولم يعلم الزوج لم يلزمه القضاء، وقيل : قولا الوكيل .

---

(١) في (ق) : « يشترط » .

(٢) في (ن): «فذكروا».

(٣) من (ق) .

(٤) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « عن » .

(٥) « الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص : ١٤٧) .

(٦) من (ك) ، وفي (ق) : « و » .

- **ومنها** : عزل القاضي ، وفيه طريقان ، أصحهما : القطع بعدم انعزاله لعظم الضرر .

- **ومنها** : الفسخ قبل بلوغ المكلف ، وحكى الروياني فيه طريقين[(١)] أحدهما : كالوكيل ، والثاني : لا يكون في حق من لا[(٢)] يعلم [وبه][(٣)] ، قال الإمام أبو حنيفة : لأن أمر الشريعة يتضمن بتركه المعصية ولا معصية مع الجهل ، وفي الوكيل يتضمن إبطال التصرف فلا يمنعه عدم العلم كما لو مات[(٤)] قبل أن يعلم[(٥)] وكيله ، فإنه ينعزل قطعًا ، وحكى الماوردي في مسألة الفسخ[(٦)] وجهين[(٧)] ، أحدهما : لا يلزم ، وذكر تحويل القبلة .

والثاني : يلزم بعد البلوغ ، وإن لم يتيسر و[لم][(٨)] يعلم الجميع ، وحُكم اللَّه تعالى واحد على الجماعة .

- **ومنها** : إذا عفى عن القاتل [١٠٥ق/أ] ولم يعلم الجلاد[(٩)] ، ففيه [١١٨ن/أ] قولان ، أصحهما : وجوب الدية ، ثم من الأصحاب من خرج هذا على الخلاف في عزل الوكيل ، ومنع الإمام ووالده من ذلك ؛ إذ لا خلاف أن الوكيل ينعزل إذا

---

(١) في (ق) : « طريقان » .

(٢) في (ق) : « لم » .

(٣) من (ق) .

(٤) أي : الموكِّل .

(٥) في (ق) : « فلم يعلم » .

(٦) وقعت في (ن) و(ق) : « الشيخ » .

(٧) وقعت في (ن) و(ق) : « وجهان » .

(٨) من (ك) .

(٩) في (ن) و(ق) : « الخلاف » .

تصرف الموكل بما يتضمن انعزاله كعتقه عبدًا وكله في بيعه ، فباعه الوكيل جاهلًا وهذا نظير العفو[1] ، وكما لا يصح البيع يضمن الجلاد .

- **ومنها** : لو قتل من عهده حربيًّا ، أو مرتدًّا ، ثم بان إسلامه بعد عهده وقبل قتله ، ففي القصاص قولان .

قلت[2] : أظهرهما الوجوب .

[**ومنها** :][3] لو قتله أحد الوارثين وكان قد عفى الآخر وهو لا يعلم ، ففي القصاص خلاف مرتب على ما إذا قتله عالمًا بالعفو ، والأصح أنه لا يجب .

- **ومنها** : ما إذا صلت الأمة مكشوفة الرأس ، وكانت قد عتقت وهي لا تعلم .

- ومنها : لو أذن لعبده في الإحرام ، ثم رجع ولم يعلم[4] فله تحليله على الأصح .

- **ومنها** : رجوع المعير فإذا استعمل المستعير المعار[5] جاهلًا لزمه الأجرة .

- **ومنها** : لو حلف على الخروج بغير إذنه ، فأذن ولم يعلم ففيه الخلاف ، والأصل عدم الحنث .

- **ومنها** : إذا أذن [المرتهن][6] للراهن في التصرف في العين المرهونة ، ثم رجع ولم يعلم الراهن ، ففي نفوذ تصرفه وجهان ، أصحهما : لا .

- **ومنها** : إذا خرج الأقرب عن أن يكون وليًّا انتقلت الولاية [إلى][7] من بعده

---

(١) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « العتق » .

(٢) القائل : هو ابن الملقن .

(٣) من (ق) .

(٤) أي : العبد .

(٥) في (ق) : « المعير » .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) من (ن) .

من الأولياء، فلو زال المانع من الأقرب وزوج الأبعد وهو لا يعلم، ففي الصحة وجهان.

- **ومنها**: لو وكله وهو غائب فهل يكون وكيلًا من حين التوكيل أو من حين بلوغ الخبر؟ ففيه وجهان.

- **ومنها**: لو أذن لعبده البالغ(١) في النكاح ثم رجع ولم يعلم العبد، ففي صحة نكاحه قولان.

- **ومنها**: لو استأذنها غير المجبر فأذنت ثم رجعت ولم يعلم حتى زوج هل يصح؟ فيه الخلاف في الوكيل(٢)؟

- **ومنها**: في القسم يقسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة، فلو قسم هكذا وكانت الأمة قد عتقت ولم يعلم، فقال الماوردي: لا قضاء، وقال ابن الرفعة: القياس أن يقضي لها.

- **ومنها**: قد علم أن الأظهر أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن، فتصرف الوارث قبل(٣) الوفاء إن كان معسرًا مردود(٤)، وإن كان موسرًا [١١٨ن/ب] ففي نفوذه أوجه: ثالثها: موقوف إن قضى الدين، بان النفوذ وإلا فلا، وإن قلنا ببطلان تصرفه فلم يكن دين ظاهر، فتصرف ثم ظهر دين وبيع بعيب؛ فالأصح أنه لا يتبين فساد تصرفه، لكن إن لم يقض [١٠٥ق/ب] الدين(٥) فسخ، وقيل: يتبين فساده لتقدم سبب الدين.

---

(١) كذا في (ق)، وفي (ن): «البائع».

(٢) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «التوكيل».

(٣) تكررت في (ق).

(٤) وقعت في (ن): «مردودًا».

(٥) في (ق): «العين».

فائدة[١] : **عقود المعاملات ونحوها أربعة أقسام**[٢] :

أحدها : جائز من الطرفين؛ كالقراض، والشركة، والوكالة، والوديعة، والعارية، ونحوها، والجعالة جائزة من الطرفين، وإن كانت[٣] بعد الشروع في العمل، لكن إن فسخ العامل فلا شيء له[٤] ، وإن فسخ الجاعل في أثناء العمل، لزمه أجرة ما عمل، والهبة قبل القبض .

ثانيها : لازم من الطرفين كالبيع بعد الخيار، والسلم، والصلح، والحوالة، والمساقاة، والإجارة، والهبة بعد القبض، والخلع .

ثالثها ورابعها : لازم[٥] من أحد الطرفين دون الآخر؛ كالرهن بعد القبض لازم من جهة الراهن، والكتابة لازمة من جهة السيد دون العبد، والكفالة والضمان جائزان[٦] من جهة المضمون [له][٧] لازمة من جهة الكافل، والمسابقة[٨] لازمة[٩] على الأظهر، وقيل : جائزة، وإذا قيل : بلزومها فذلك في حق من يغرم، أما من لا يغرم فجائزة قطعًا كالمحلل، وهذا هو الضابط : أن كل من لا يغرم في عقد، فإنه جائز من جهته فهذه طريقة، وقيل : القولان فيه أيضًا[١٠] ، وعقد الذمة لازم من

---

(١) في (ق) : « قاعدة » .

(٢) «قواعد ابن عبد السلام» (٢٥٣/٢)، « قواعد الزركشي » (٣٩٧/٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٥٣) .

(٣) في (ق) : « كان » .

(٤) في (ق) : « عليه » .

(٥) في (ن): «لأن».

(٦) وقعت في (ن) : « جائزة » ، وفي (ق) : « جائز » .

(٧) من (ك) .

(٨) في (ق) : « والسابعة » .

(٩) في (ن) : « ثابتة » .

(١٠) فإنه يطلب من جهته التعلم، من فروسية ورماية، فهو جائز من جهته .

جهتنا جائز من جهة أهل الذمة .

فائدة : الاعتبار [في ملك الموكِّل فيما وكل فيه][١] بحال التوكيل أو بحال إنشاء[٢] التصرف[٣] ، فيه صور يشبه الخلاف في أنه هل الاعتبار بحال التعليق أو بحال وجود الصفة ، غير أنه [لا][٤] تعليق فيما نحن فيه ، وجعله بعضهم من الخلاف الأصولي[٥] : أن التكليف [هل][٦] يتوجه عند المباشرة أو قبلها ؟ وفيه نظر .

- **منها** : لو وكل بطلاق من سينكِحُهَا ، أو ببيع عبد سيملكه ، فهو باطل عند الجمهور ، وصحيح في وجه اختاره البغوي والمتولي ، وعند ذكرها أشار الرافعي [إلى][٧] هذا المأخذ ، وهو جارٍ في توكيله بقضاء كل دين سيلزمه ، وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها ، وهذه الثانية أشبه بقاعدة تعليق الوكالة .

- **ومنها** : وكل المحرم حلالًا في أن يقبل له نكاح امرأة ، فهل يصح ويقبل [له][٨] بعد التحلل إن اعتبرناه لم [١١٩ن/أ] يصح ، والأصح : الصحة .

- **ومنها** : إذا قال : وكلتك [في][٩] مخاصمة كل خصم يحدث لي ، وفيه وجهان حكاهما الماوردي .

- **ومنها** : لو وكل الولي في التزويج قبل استئذان المرأة المعتبر إذنها لم يصح

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .
(٢) كذا في (ك) ، و(س) ، وفي (ن) : « استيفاء » ، وفي (ق) : « استثناء » .
(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٩٤) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٧) .
(٤) من (ن) .
(٥) في (ق) : « الأولى » .
(٦) من (س) .
(٧) في (ن) : « أن » .
(٨) من (ن) .
(٩) في (ق) : « و » .

على الأصح ، قاله[١] البغوي ، [وهذا يخالف][٢] قوله في الوكيل بطلاق من سينكحها : أنه يصح ، وهذه مناقضة حاول ابن الرفعة الاعتذار عنها في « المطلب » بما [١٠٦ق/أ] يطول ذكره .

– **ومنها** : لو وكل في طلاق امرأته فلم يطلقها حتى مرض الموكل، فهل يكون الطلاق في المرض ؟ فيه وجهان ، قال صاحب « الذخائر » : مأخذهما أنه هل ينظر إلى وقت التوكيل والإيقاع .

– [ومنها : قال][٣] : أعتقوا عني عبدًا فكان هناك خنثى مشكل، لم يجز إعتاقه [عنه][٤]، فإن زال إشكاله فوجهان في « البيان » .

[قاعـــدة][٥]

« ما لا تدخله النيابة من التصرفات هل يكون التوكيل فيه فعلًا له يؤاخذ به الموكل ؟ »[٦] ، فيه صور :

– **الأولى**[٧] : لا يصح التوكيل في الإقرار في الأصح ، فلو وكل لا يكون مقرًا على الأصح .

(١) في (ن) : « قال » .
(٢) من (ن) .
(٣) وقع في (ق) : « قاعدة » .
(٤) من (ق) .
(٥) في (ق) : « الأولى » .
(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٦) .
(٧) في (ق) : « الثانية » .

الثانية[١] : التوكيل بالحوالة لا يصح ، وهل يصير محيلًا بالتوكيل؟ فيه وجهان ، قاله القاضي[٢] ، وخالف فيه صاحب « التهذيب » .

الثالثة : المشهور صحة التوكيل في عقد الضمان خلافًا للقاضي ، وهل يصير بذلك ضامنًا ؟ فيه وجهان .

الرابعة : يجوز التوكيل بعقد الوصية ، ومنعه القاضي ، قال : لأنها قربة ، قال : وهل يصير بذلك موصيًا ؟ يحتمل وجهين .

* * *

(١) في (ق) : « فائدة » .

(٢) أي : القاضي حسين .

كتاب[١] الإقرار

فائدة : أقل الجمع ثلاثة على المشهور[٢] ، وقيل : اثنان ، فإذا قال : له علي دراهم لزمه ثلاثة ، وقيل : درهمان ، ويكفي [في الصلاة][٣] على الميت اثنان[٤] على وجه بناء على الثاني[٥] كما حكاه الرافعي .

قلت : وقيل : ثلاثة بناء على الأول ، والأصح : الاكتفاء بواحد ؛ لأنه لا[٦] يشترط الجماعة ، فكذا في غيرها .

قاعــدة

« أصل ما انبنى عليه الإقرار[٧] : أن أستعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة »[٨] ، قال الهروي : فيعمل بالظن القوي لا بمجرد الظن ، وبنى عليه أنه لو أقر

---

(١) في (ن) : « باب » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٥) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٢٢/٢) ، « قواعد الزركشي » (١٢/٢) .

(٣) من (ن) .

(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « اثنين » .

(٥) أي : على أن أقل الجمع اثنان .

(٦) في (ق) : « لم » .

(٧) وقع هنا في (ن) و(ق) : « الإقرار الإلزام » .

(٨) راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٢٧) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٣٠/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١٥٦/١) ، « قواعد الزركشي » (٣٨٠/٣) .

لابنه بعين[١] فيمكن تنزيل الإقرار على البيع ، فهو سبب قوي يمنع الرجوع ، ويمكن التنزيل على الهبة ، وأفتى أبو سعد[٢] بإثبات الرجوع تنزيلًا على أقل السببين ، وأفتى العبادي بعدمه ؛ لأن الأصل بقاء الملك للمقر ، وناظره القاضي أبو سعد [١١٩ن/ب] ، فقال : التعليق بالأصل الأول أولى من الثاني ، والقياس الذي لا يجوز غيره أن الإقرار المطلق [لا][٣] يحكم به للمقر له .

- **ومنها** : نصه فيما لو أقر أنه وهبه وملكه لم يكن مقرًّا بالقبض ؛ لأنه ربما اعتقد أن الهبة لا تتوقف على القبض ، وأصل الإقرار البناء على اليقين .

- **ومنها** : إذا أقر لحمل أو لمسجد ، وأطلق ، ففيه القولان ، والأصح مختلف فيه ، واستثنى ابن القاص مسألتين من هذا الأصل وزاد غيره .

قاعـــدة

« **كل سكران يصح إقراره إلا اثنين المكره على الشرب** [١٠٦ق/ب] ، **ومن ظن المسكر غير مسكر** »[٤] ، قال الأصحاب فيما حكاه القفال ونقله صاحب « البحر » : هذا إذا ظن جنسه غير مسكر ، أما من عرف أن جنسه مسكر[٥] ولكن ظن أن ذلك القدر لقلته لا يسكر فإقراره صحيح ، أما من لا ظن له ، أصح فحقه البحث ولا يسامح .

---

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « لا بعين » .

(٢) في (ق) : « أبو سعيد » .

(٣) من (ك) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٣٠) .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « غير مسكر » .

قاعـــدة

قال الدبيلي[١] في[٢] « أدب القضاء » : « إذا أقر بالشيء صريحًا ثم أنكر ما صرح به أو أثبت خلافه بالبينة لا يقبل ، وإن أطلق وادعي حقيقة توجب بطلان ذلك [المطلق][٣] من بيع أو نكاح أو نحوه[٤] لم تقبل دعواه بمجردها ، ولكن تقبل ببينة »[٥] .

ولك أن تختصرها ، فتقول : « إذا أقر بالشيء صريحًا ثم أنكره لم يقبل ، وإن أقام بينة وإن أقر به مطلقًا وادعى قيدًا يبطل الإطلاق لم يقبل إلا ببينة » .

منها : لو[٦] أحال بدين ثم قال : لا[٧] تصح[٨] ، لأنها كانت عن بيع فاسد لم يقبل منه ، ولو أقام بينة بذلك [قبلت وبطلت][٩] الحوالة ؛ لأنه لم[١٠] يعترف أولًا بصحة البيع بل يثبت فساد أصل الحوالة ، فلم يُكذب اعترافه بينته ، والبينة في

---

(١) هو علي بن أحمد بن محمد ، أبو الحسن الدَّبيلي ، ويعبر عنه بالزَّبيلي بفتح الزاي ثم باء موحدة مكسورة - وهو ما في (ن) - ، قال السبكي : وهو الذي اشتهر على الألسنة ، ألف « أدب القضاء » ، أكثر ابن الرفعة النقل عنه ، راجع ترجمته في : « طبقات الفقهاء الشافعية » لابن قاضي شهبة (١/٢٥٢- رقم ٢٣٤) .

(٢) في (ن) : « في باب » .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ق) : « أو غيره » .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٣٨) .

(٦) في (ق) : « مثاله » .

(٧) في (ق) : « لم » .

(٨) أي : الحوالة .

(٩) من (س) .

(١٠) في (ن) : « لا » .

الحوالة إنما كانت في اختلاف الصفات لا في [نفي][١] الأصل ، بخلاف ما لو اعترف بصحتها[٢] ثم ادعى فسادها لا يقبل ، وإن أقام [البينة .

وإن طلق امرأته ثلاثًا ثم قال : لم يقع ؛ لأن العقد كان فاسدًا ، وأقام][٣] بينة[٤] بالمفسد ، فإن كان قد أقر قبل الطلاق[٥] لم تسمع دعواه ولا بينته وإلا سمعنا ؛ لأنه إذا ادعى الزوجية فإقامة[٦] البينة بعدم الولي أو غيره من المفسدات لا يكذب ما سبق بل يثبت وصفًا آخر يلزمه الفساد ، وصار كما [لو][٧] أقر أن في ذمته لفلان قفيز حنطة سلمًا ، ووصفه ، وذكر محل تسليمه ، وقال : كان سلمًا باطلًا ؛ لأن الثمن كان دينًا في ذمتي ، وجعله رأس [١٢٠ن/أ] مال السلم ؛ فإن [كان][٨] ذلك لا يقبل ؛ لأنه يطلب الإبطال[٩] الذي [أقر][١٠] بصحته ، فلو أقام بينة بذلك قبلت ؛ لأنها لم تناقض ما ذكره ، بل زادت وصفًا ، انتهى .

وزاد[١١] الإمام هذه القاعدة بيانًا فقال : « [من][١٢] أقر صريحًا [بما][١٣] جاز

---

(١) من (س) .

(٢) أي : الحوالة .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

(٤) في (ن) و(ق) : « بينة به » .

(٥) أي : أقر بصحة النكاح .

(٦) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « فقامت » .

(٧) من (ن) .

(٨) من (س) .

(٩) أي : إبطال عقد السلم .

(١٠) من (ن) .

(١١) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «وأراد» .

(١٢) من (ن) .

(١٣) من (ق) .

استناده إلى يقين ثم رجع لم يقبل رجوعه ، [وكذا [إذا][(١)] لم يتصور استناده إلى يقين إذا ابتدأ من غير خصومة][(٢)] ، وإن كان في أثناء خصومة ففي مؤاخذته [به][(٣)] خلاف » ، وخرج « بالصريح » بائع يدعي بعد البيع ، وقف المبيع ، فالمنصوص سماع دعواه وبينته ، وحكاه القفال عن العراقيين ، وليس الإقدام على العقود كالإقرار الصريح ، فإن الإنسان قد يعقد بأدنى ظن ، ولا يقر إلا بظن قوي ، فليس [١٠٧ق/أ] الفعل[(٤)] في رتبة صريح القول ، ويؤيده ما قاله الروياني فيمن باع شيئًا ثم ادعى أنه [لم][(٥)] يكن ملكه : « أنه [إن][(٦)] لم يقل عند البيع : هو ملكي بل اقتصر على البيع سمعت دعواه » ، وعزاه إلى النص ، ونقله الشيخ أبو حامد عن نصه[(٧)] في كتاب الغصب ، قال : « قال [الإمام][(٨)] الشافعي : إن كان حين البيع [أقر][(٩)] أنه ملكه أو جرى ذلك في عرض كلامه لم تسمع بينته ، [وإلا سمعت][(١٠)] ؛ لأن مجرد البيع ليس تكذيبًا للبينة ؛ لأنه قد يبيع ملكه وملك غيره » .

وقد يعبر عن هذه القاعدة بأن يقال : من ذكر لفظًا ظاهرًا في الدلالة على شيء

---

(١) من (س) .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ن) : « العقل » .

(٥) سقطت من (ن) .

(٦) من (ق) .

(٧) أي : عن نص الإمام الشافعي .

(٨) من (ن) .

(٩) من (ق) .

(١٠) من (ن) .

ثم تأوله لم يقبل تأويله ظاهرًا، وكذا عبَّر به الشيخ عز الدين، وهنا مسائل:

إحداها: باع عبدًا وأحال بثمنه ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته أو ثبتت ببينة، قال البغوي والروياني: لا يتصور أن يقيم[١] المتبايعان البينة؛ لأنهما كذباها بعقد البيع، واعتمده[٢] في باب الحوالة من «الروضة» وهو يخالف ما ذكره في الدعاوى.

الثانية: اثنان على كل [واحد][٣] منهما خمسة ضمن كل منهما الآخر، ثم ادعى أحدهما خمسة، واختلف هو ورب الدين هل هي عن الضمان أو عن الأصالة، فالقول قول المؤدي، ثم قيل: لا يطالبه بالضمان؛ لأنه يناقض قوله الأول، الأصح: نعم؛ لأن صاحب الدين يقول بتقدير الصدق عليك[٤] خمسة الأصالة، وبتقدير عدمه: عليك[٤] خمسة الضمان، فالخمسة باقية على التقديرين، ولأنه بنى على خيال انكشف [له][٥]، فلا يبطل حقه، كما لو [١٢٠ن/ب] ادعى أنما اشتراه مغصوب، فقال: هو ملكي وملك من اشتريت[٦] منه فأقيمت البينة؛ فإنه يرجع على البائع بالثمن على الأصح، وإن كان قد اعترف له بملكه- [لكونه بنى][٧] على ظاهر وصح بالبينة خلافه.

الثالثة: مسألة الغصب هذه.

---

(١) في (ن): «يفهم».

(٢) أي النووي.

(٣) من (ق).

(٤) في (ن) و(ق): «تمليك».

(٥) من (ق).

(٦) كذا في (ق)، وفي (ن): «اشترى».

(٧) في (ق): «بناء».

الرابعة : ادعى على زيد [و]على غائب ألفًا [من][1] ثمن مبيع مقبوض ونحوه وأن كلا منهما ضمن ما على الآخر وأقام بينة ، وأخذ الألف من زيد [نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف ، قال الجمهور : هذا إذا لم يكن من زيد][2] تكذيب البينة وإلا فلا يرجع ، وهذا هو الأصح ، وقال الإمام : إن دام على الإنكار فلا .

الخامسة : إذا ادعى الضامن الأداء ولم يقم بينة ، وحَلف رب المال [أنه][3] لم يؤد بقيت مطالبته بحالها[4] ، فإن أخذ فقيل : لا يرجع ، والأصح : أنه يرجع ، وهل يرجع بالمغروم[5] أولًا[6] ، لأنه [مظلوم][7] بالثاني ، [أو بالثاني][8] لأنه المسقط[9] للمطالبة ؟ وجهان ، قال في « الروضة » [١٠٧ق/ب] ينبغي أن يرجع بأولها .

السادسة : إذا قال لا بينة حاضرة ولا غائبة ، أو كل بينة أقمتها فهي زور ثم جاء ببينة ، سمعت في الأصح .

السابعة : إذا قال الضامن للمضمون [له][10] : أبرأت الأصيل فحلف وغرم الضامن[11]، فله مطالبة الأصيل في الأصح ، وكذا لو قال : كنت أبرأته قبل

---

(١) سقطت من (ن) .

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من (ن) و(ق) ، استدركناه من (س) .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) في (ن): «أنه لم يرد بعيب فطالبه تحالفًا».

(٥) في (ن): «المقر»، وفي (ق): «المغروم».

(٦) في (ن) و(ق) : « أم لا » .

(٧) من (ن) .

(٨) من (س) .

(٩) في (ن) : « المقسط » .

(١٠) من (س) .

(١١) في (ن) : « الأصل » .

ضماني ، ويجري الخلاف في كل دعوى محتملة ناقضها عقد سابق .

الثامنة : غصب العين المستأجرة ثم أقر بها المكري للغاصب من المستأجر أو لآخر ، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان ، فإن قبلنا ؛ ففي بطلان حق المستأجر أوجه يفرق في الثالث بين كون المال[١] في يد المكتري أو المقر ، فلا ينزع ممن هو في يده ، والأظهر من الخلاف أنه يقبل إقراره في الرقبة دون المنفعة .

التاسعة : وهي لأنه قال البغوي في « فتاويه » : لو قالت أنا موطوءة أبيك لم يقبل قولها إن كان بعد التمكين ، أو زُوِّجت منه بإذنها ، فلو خالعها ثم أراد نكاحها لم يجز ؛ لأن نكاحها يكون بإذنها[٢] ، ولا يجوز لها أن تأذن بعد الإقرار بأنها موطوءة[٣] .

العاشرة : قال : لاحق لي على فلان ثم أقام بينة بحق ، ففي قبولها وجهان ، حكاهما القاضي شريح الروياني في « أدب[٤] القضاء » عن [١٢١ن/أ] جده .

الحادية عشرة : قال : لاحق لي في هذا العبد ثم أقام بينة على الشراء ، قال العبادي : لا يقبل حتى يقول : إنه اشتراه منه بعد الإقرار ، وقال شريح في « أدب القضاء » : وعندي أنها تقبل إذا كان بعد احتمال التلقي منه[٥] .

الثانية عشرة : إذا اعترف بعدم الدافع ثم جاء بدافع يُسمع .

الثالثة[٦] عشرة : إذا قال : اشتريته بمائة ثم قال : بل بمائة وعشرة ، ولم يبين

---

(١) وقعت في (ن) : « الملك » .

(٢) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « باقيًا » .

(٣) أي : موطوءة الأب .

(٤) في (ق) : « باب » .

(٥) أي : تلقي الملك منه .

(٦) في (ن) : « الثانية » .

لفظه وجها محتملًا، والمسألة مشهورة .

الرابعة عشرة : طلق امرأته ثانية[١] ، فقال : هي ثالثة وكذبها، أو كذبت هي نفسها وزوجت منه بغير محلل، ثم مات عنها وطلبت ميراثها[٢] ، ففيها نص [الإمام][٣] الشافعي، قال شيخنا[٤] : والأقرب ثبوت الزوجية والميراث .

الخامسة عشرة : اعترف بأنه لا حق له في هذا الوقف، ثم تبين بعد[٥] تأمل شرائط الوقف أو غيره أنه مستحق، فينبغي أن لا يؤخذ بما سبق[٦] ، [ويشهد][٧] له ما سلف .

السادسة عشرة : ادعى على شخص [أنه][٨] منفرد بقتل، ثم [ادعى][٩] على آخر بشركة فيه أو بتفرد به[١٠] لم تسمع الثانية، غير أن الثاني لو صدقه في دعواه فالأصح مؤاخذته ؛ لأن الحق لا يعدوهما .

السابعة عشرة : ادعى قتلًا على رجل وأقسم عليه وأخذ المال، فجاء آخر وقال : إن[١١] المأخوذ [١٠٨ق/أ] منه المال مظلوم، وإني أنا القاتل، فإن لم يصدقه الوارث

---

(١) في (ق) : « بائنًا » .

(٢) في (ق) : « ميراثًا منه » .

(٣) من (ن) .

(٤) يعني : تقي الدين السبكي .

(٥) في (ق) : « بعدما » .

(٦) أي : باعترافه السابق .

(٧) من (س) .

(٨) من (س) .

(٩) من (ن) .

(١٠) في (ن) : « فيه » .

(١١) في (ن) : «أنا» .

لم يقبل ، وإن صدقه فعليه رد ما أخذه ، وهل له الدعوى على الثاني أولا ؟ قولان .

الثامنة عشرة : إذا زوجت فادعت أن بينها وبينه[١] محرمية ، فإن تزوجت[٢] برضاها لم يقبل لتضَمُّنِ إذنِها حِلَّها ، لكن [إن][٣] ذكرت عذرًا كغلط ونسيان سمعت دعواها على الأصح .

التاسعة عشرة : أنكر الوديعة فقامت عليه بينة بها ، فقال : أودعنيها ولكن تلفت أو رددتها ، فالأصح سماع بينته على تلفها ، قال الرافعي : وينبغي أن نفرق بين أن نبين للغلط وجهًا محتملًا أم لا [كما][٤] قيل في ألفاظ المرابحة ، وفرق الفقيه[٥] بينها بوجهين ؛ أحدهما : أن ما ادعاه المودع ثانيًا وإن خالف قوله أولًا : ما أودعتني فرب المال يوافقه، والحق لا يعدوهما ، فإذا صدقه سلمت [١٢١ن/ب] البينة من التكذيب فعمل بموجب القول في الرد والتلف ، ولا كذلك في مسألة المرابحة ، فإن القول الثاني المخالف للقول الأول لم يصدقه الخصم عليه ، [ولو صدقه عليه][٦] لألزم بموجبه من غير بينة ، والثاني [أن][٧] المقر به [في المرابحة][٧] إثبات بينة إلى محسوس فيقوى المترتب عليه لبعد خلافه ، وما ذكره في الوديعة نفي محض[٨] يجوز أن يكون مستندًا إلى العدم الأصلي وتكون البينة حاصلة ، ويجوز

---

(١) أي : الزوج .

(٢) وقعت في (ن) و(ق) : « خرجت » .

(٣) من (س) .

(٤) من (ق) .

(٥) أي : ابن الرفعة ، وقد كان يطلق عليه : الفقيه .

(٦) من (ق) .

(٧) من (ن) .

(٨) في (ق) : « مخصوص » .

خلافه، وضعف المترتب عليه فلم يؤثر.

العشرون: تزوجها ثم اعترف الزوج بفسق الشاهدين [وأنكرت][1]، فُرِّق بينهما، وهل هي فرقة فسخ أو طلاق؟ فيه وجهان، قال ابن الرفعة «وينبغي إذا كان بعد الدخول أن لا يقبل قوله كما [إذا][2] قلنا فيما إذا ادعت المرأة أن بينهما رضاعًا محرمًا بعد التزويج، وكانت مجبرة[3] بل مقتضى قولهم أنها إذا كانت قد تزوجت بإذنها [أن لا يقبل قولها في التحريم بالرضاع، ونحوه أن][4] لا يقبل قول الزوج في ذلك، إذا[5] كان قد قبل نكاحها بنفسه، انتهى.

وقد يقال: إن النكاح حق الزوج فقبل قوله في إسقاطه، وإن منع إسقاطه كون ذلك فسخًا[6] على وجه، وفارق المرأة لا يقبل منها إذا تقدم منها ما يقتضي الاعتراف به، فلا يقبل منها ما يقتضي سقوطه.

الحادية بعد العشرين: قال القفال في «فتاويه»: إذا رأينا ضيعة في يد رجل يدعي أنها وقف عليه لا تصير وقفًا [١٠٨ق/ب] ونقرها في يده لحق اليد لا لقوله: هذا وقف؛ لأنها لا تصير وقفًا بذلك؛ لأن الإنسان لا يقدر أن يقف على نفسه، فلو أراد بيعها فله ذلك كما لو كان في يده مال، فقال: هذا وديعة عندي ثم أراد بيعه فله ذلك بخلاف ما لو قال: وقفها على فلان؛ فلأنه لا يجوز بيعها، انتهى.

وما ذكره من جواز البيع فيه نظر، وفيه تأييد لفتوى ابن الصلاح، فمن أقر

---

(١) من (ق).

(٢) من (ق).

(٣) في (ن): «مخيرة».

(٤) ما بين المعقوفتين من (ن).

(٥) في (ن) و(ق): «فإذا».

(٦) في (ن): «مبيحًا».

بملك في يده [أنه وقف عليه][1] ثم على جهات أنه لا يثبت الوقف بذلك ، لكن لا يلزم من عدم الثبوت عدم المؤاخذة بالإقرار، وينبغي أن يؤاخذ بمقتضى اعترافه بوقفيتها ، نعم له في الباطن إذا كان يعرف كذب نفسه أن يقدم على بيعها ، وأما [١٢٢ن/أ] مسألة الوديعة ، فقد يقال : لا يمتنع من الإقدام على ما اعترف بأنه وديعة لإمكان[2] إذن [له][3] من المودع ، والقول قول متعاطي العقود كما لو رأينا عينًا في يد شخص يعترف أنها لغيره ويدعي أنه وُكِّل في بيعها ، فإنه يجوز شراؤها منه ، وإن لم تثبت وكالته والأمر في مسألة الوديعة يمكن أن يكون[4] على ما قال القفال بخلاف مسألة الوقف ، فإن قوله فيها لا يظهر .

قاعـــدة

قال القاضي أبو عاصم :

« **من باشر عقدًا أو باشره عنه[5] من له ذلك ثم ادعى ما ينقضه لم يقبل** »[6] .

- كمن باع عبدًا ثم قال : لم يكن ملكي ، أو طلق امرأته ثلاثًا بمشهد الحاكم ، ثم أراد أن يتزوجها بولاية الحاكم فامتنع الحاكم لإيقاعه[7] الثلاث بين يديه ، فقال المطلِّق : لم يكن الطلاق واقعًا لأنها لم تكن زوجتي ؛ لأنه أراد إلغاء عقد وقع

---

(١) من (ق) .
(٢) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «لإنكاره».
(٣) من (س).
(٤) في (ق) : « يقال » .
(٥) في (ق) : « عند » .
(٦) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٤٤) .
(٧) في (ن): «لامتناعه».

بإنشائه وهو عقد التطليق .

ومسألة بيع العبد ، أي[1] التي قدمناها فيمن باع شيئًا ثم قال : لم يكن ملكي ، عن الروياني ، وهذه القاعدة السالفة عن الدبيلي ، وقد قال القاضي أبو عاصم : إن هذه تطرد في جميع المسائل إلا في مسألتين :

الأولى : رهن[2] عبدًا ثم ادعى أنه باعه قبل الرهن أو أعتقه أو أوقفه ، أو لم يكن مملوكًا [لي][3] ، بل كنت غصبته من زيد ، ففيه قولان ، أحدهما : لا تقبل لمناقضته ، فصار كما إذا باع عبدًا ثم قال : كنت أعتقته أو وقفته ، والثاني : يقبل لأن الإقرار لاقى ملكه بخلاف البيع ، قال : وإذا أجر عبدًا ثم ادعى فساد الإجارة بهذه المعاني ، فهو أيضًا على القولين ، وعلى أن القول قول المالك فهل عليه يمين ؟ [١٠٩ق/أ] فيه قولان ، والثانية : باع القاضي على الغائب عبده في دينه ثم حضر الغائب وقال : كنت عتقته قبل ذلك ، ففي قبول قوله قولان ؛ أحدهما : لا ؛ لأن العقد صدر[4] من نائبه فصار كما لو باع وكيله ثم قال : كنت أعتقت قبل البيع ، والثاني : يقبل لأن نيابة الوكيل اختيارية ، ونيابة القاضي شرعية .

قاعـــدة

في مسائل التقديم والتأخير ، وهل النظر إلى أول الكلام أو آخره[5] .

الأولى : قال : إذا جاء رأس الشهر فعليَّ ألف ، لم يلزمه شيء [١٢٢ن/ب] قطعًا ،

---

(١) في (ق) : « فهي » .

(٢) في (ن) : «وهو» .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ق) : « صار » .

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٤٤) .

وإن قدم[(١)] المقر به فقال : علي[(٢)] ألف إذا جاء رأس الشهر ، فالمذهب أنه كذلك .

الثانية : قال : علي ألف مؤجل ، قُبِل على المذهب ، وقيل : يلغى[(٣)] التأجيل ، وهذا إذا كان موصولًا ، فإن ذكر الأجل مفصولًا لم يقبل قطعًا .

الثالثة : قال : علي ألف لا تلزمه فهو إقرار .

الرابعة : قال أعتقت هذا العبد عن كفارتي بألف لم يجزئه ، ولا فرق[(٤)] [بين][(٥)] أن يقدّم في الجواب ذكر الكفارة بأن يقول : أعتقته عن كفارتي بألف عليك أو يُقدم ذكر العوض : كأعتقته على أن [لي][(٦)] عليك ألفًا عن كفارتي ، وعن أبي إسحاق وجه أنه إذا قدم ذكر الكفارة أجزأه وسقط العوض ، قال الرافعي في الظهار : وقرب هذه الوجه في « التتمة » بما قيل[(٧)] : أنه لو سمع المتيمم إنسانًا يقول : عندي ماء أودعنيه فلان ، بطل تيممه ، ولو قال : أودعني فلان ماء لم يبطل ، ويمكن الفرق بأنه في التيمم إذا سمع : عندي ماء توهمه والتيمم يبطل بمجرد توهم الماء .

الخامسة : مسألة التيمم هذه .

السادسة : إذا قال : أريد أن أقر بما ليس علي لفلان على ألف ، أو قال : ما طلقت امرأتي ، وأريد أن أقر بطلاقها ، قد طلقت امرأتي ثلاثًا ، قال الشيخ أبو عاصم : لا يصح إقراره ولا شيء عليه ، وقال المتولي : الصحيح يلزمه كقوله علي ألف لا تلزمني .

---

(١) في (ن) : « وإن قد » .

(٢) في (ن) : « بل » .

(٣) في (ن) : « يكتفي » .

(٤) وقعت في (ن) : « والأقرب » .

(٥) سقطت من (ن) و(ق) .

(٦) من (ق) .

(٧) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « فأقبله » .

السابعة : قال : له علي ألف من ثمن خمر لزمه الألف في الأظهر ، ولو قدم الخمر[(١)] لا يلزمه شيء قطعًا كمن يسمى خمرًا له على ألف .

الثامنة : أنت طالق الطلقة الرابعة ، ففي وقوع الطلاق وجهان حكاهما الرافعي في فروع الطلاق .

التاسعة : قال : هذا العبد لفلان ، ثم ادعى أنه اشتراه منه لم يصح للمضادة ، وعن ابن سريج أنه يُسمع ، ولو قال : هذا العبد لفلان ، وقد اشتريته منه متصلًا كان مسموعًا ؛ لأن العادة جرت أنه يراد به : كان لفلان [١٠٩ق/ب] ذكر ذلك شريح[(٢)] في « أدب القضاء » .

العاشرة : قال : كل امرأة لي طالق غيرك ، فالذي يظهر أنه إن قدم غيرًا لم تطلق وإلا طلقت ، [وهذا القول في « الأم »][(٣)] ، ونقل الرافعي عن « فتاوى القفال » أنه لو قال : كل امــرأة لي طالق إلا عَمرة ولا امرأة له غيرها طلقت ، وعن القاضي أنه قال [١٢٣ن/أ] في « فتاويه » غير المشهورة : في كل امرأة لي غيرك طالق ، ولا امرأة له غيرها ، إن قاله على سبيل الشرط لم يقع ؛ لأنه استثناء منها ، فيصير كأنه قال : أنت طالق إلا أنت ، ثم قال : قلت أنا كيف ما كان ينبغي أن لا يقع .

وليست هذه المسألة مسألة المخاصمة[(٤)] ؛ لأنه لم يدخل امرأته في هذا الكلام حتى [يقال][(٥)] : [إنه][(٦)] بإخراجها بعد إدخالها صار الاستثناء مستغرقًا ، بل أطلق

---

(١) أي : فقال : من ثمن الخمر له علي ألف .

(٢) في (ق) : « ابن سريج » .

(٣) في (ق) : « وهكذا المقبول في الا » .

(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « المخاطبة » .

(٥) من (ن) .

(٦) من (ق) .

لفظًا مريدًا به [من][١] لا يقع عليه وساعدته قرينة الحال فصدق .

الحادية عشرة : قال : يا زانية أنت طالق ثلاثًا ، كان له أن يلاعن، وإن قال : أنت طالق ثلاثًا يا زانية ، لم يكن [له][٢] لعان ، وفرق الجرجاني في « المعاياة » وغيره في الأولى [بأنه][١] قذف زوجته ، وفي الثانية : قذف أجنبية .

الثانية عشرة : قال أحد الابنين : [مات][١] أبي كافرًا ؛ لأنه كان يشرب الخمر ويأكل لحكم الخنزير ، ففيه قولان حكاهما الرافعي في الردة عن « التهذيب » :

أحدهما : لا يورث منه لإقراره بكفره .

والثاني : يورث لأنه فسره بما يبين خطأ اعتقاده، وهذا أظهر .

الثالثة عشرة : قال لغريمه : أحللتك من مالي وأبرأتك منه في الدنيا دون الآخرة ، قال الحناطي [في « فتاويه »][١] : يبرأ في الدارين ، قال : « والساقط[٣] في حكم الدنيا [لا][٤] بقاء[٥] له في الآخرة » ، قال : ولا يرد الإبراء بهذا[٦] الشرط ؛ لأن السقوط في العقبى يتبع السقوط في الدنيا ، انتهى .

وقد يقال : إن هذا[٧] يبطل الإبراء نظرًا إلى آخر الكلام .

الرابعة عشرة : خالع بمائة على أن له الرجعة فرجعي بلا[٨] مال .

---

(١) من (ن) .

(٢) سقطت من (ن) و(ق) .

(٣) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « والتساقط » .

(٤) من (س) .

(٥) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «تبعًا» .

(٦) في (ن) و(ق) : « بعد » .

(٧) في (ق) : « إن هذا العبد » .

(٨) في (ن) و(ق): «ولا» .

وقيل: بائن بمهر المثل، ولا يبعد أن يقال بالإلغاء، أو لا يقع شيء من القول في: له علي ألف من ثمن خمر، فإن شرط الرجعة في الخلع فاسد للمضادة، فيفسده كما قلنا إن شرط الخيار في النكاح يبطله ونحوه.

قاعـــدة

«**من أنكر حقًّا لغيره ثم أقر [به]**[١] **قُبل**»[٢] إلا في مسائل منها:

- إذا أنكرت[٣] الزوجية ثم أقرت فلا يقبل في الأصح.

قاعـــدة

قال صاحب «التلخيص»: «**إذا كان له على رجل مال في ذمته فأقر به لغيره جاز في الحكم إلا في ثلاثة**»[٤].

إذا أقرت المرأة بصداق [١٢٣ن/ب] على زوجها.

وإذا أقر الزوج بما خالع عليه[٥]، أو أقر[٦] بما وجب [١١٠ق/أ] له من أرش الجناية عليه في بدنه[٧] انتهى.

---

(١) من (ن).

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٣٢٥)، «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٤٧)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٧٩٨)، «قواعد الزركشي» (٣/١٩٨).

(٣) في (ق): «أنكر».

(٤) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٣٠)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٧٩٨).

(٥) أي: بما خالع عليه امرأته.

(٦) وقعت في (ن): «ثم أقر»، وسقط من (ق): «أو».

(٧) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «يديه».

ويشبه أنه مختص بمن وجب له ، ولا يجوز أن يثبت في الابتداء لغيره بخلاف سائر الديون ، وهذا الكلام[(١)] صريح في أن محله المديون ، فيقر بدين ثبت له في ذمة الغير إلا في هذه المسائل ، وعلى هذا جرى الجرجاني ، فقال في « المعاياة » بعد ذكرها : « هذا[(٢)] وإذا قلنا : لا يصح بيع الدين في الذمة ، وأن الحوالة تفتقر إلى رضى المحال عليه ، فإن قلنا : يصح ولا توقف على رضاه[(٣)] ، فأقر لغيره في هذه المسائل وعزاه إلى بيع أو[(٤)] حوالة صح ، وإن أطلق فعلى قولين [بناء على القولين][(٥)] فيمن أقر للحمل بمال غير منسوب إلى جهة » ، وما قاله من تخريج ذلك على الإقرار بالدين سبقه إليه [الإمام][(٦)] ، وظن ابن أبي الدم أنه تبع الجرجاني في ذلك ، وقد يقال : الأمر بالعكس ، فإن الجرجاني متأخر عن الإمام ، وما[(٧)] ذكره من الجزم بالصحة فيما إذا أسنده [إلى][(٨)] جهة حوالة أو بيع إن صححناه ، وحكاية القولين فيما إذا طلق وأنهما مبنيان على الإقرار المطلق للحمل هو ما نقله الرافعي ، واقتصار الإمام[(٩)] على [ما][(١٠)] نقله عن الجرجاني عجيب ، فإن الأكثرين[(١١)] من

(١) يشير إلى كلام ابن القاص السابق .

(٢) في (ق) : « بعد ذكر هذا » .

(٣) أي : يصح بيع الدين وأن الحوالة تصح من غير رضا .

(٤) في (ن) و(ق): «و».

(٥) من (ن) .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) في (ق) : « ومن » .

(٨) من (ق) .

(٩) المقصود بالإمام هنا : الإمام الرافعي .

(١٠) من (ق) .

(١١) وقعت في (ن) : « الأكثرون » .

الأصحاب ذكروه كما ذكره الجرجاني ، وهو متبع لهم ، منهم القفال في « شرح التلخيص » وغيره .

واعلم أنه إذا لم يُطْلق ولم يستند إلى جهة معينة بل قال : صار ذلك إليه ، صرح به الماوردي ، وقال : « يصح قوله ، صار ذلك إليه في الصداق ، والخلع ، ويكون في أرش الجناية على حالين إن كان دراهم ودنانير صح ، وإن كان إبلًا فلا » .

ثم ما ذكره ابن القاص[١] لا يجيء إلا على الضعيف ؛ لأن الأصح فيما إذا أطلق الإقرار للحمل الصحة ، ومن ثم حمل الأئمة ما ذكره كما قاله الرافعي على ما [إذا][٢] أقر بها عقب ثبوتها بحيث لا يحتمل جريان ناقل[٣] ، ثم اعترضه [الرافعي][٤] بأن[٥] سائر الديون [أيضًا][٦] كذلك ، فلا ينتظم الاستثناء بل الأعيان[٧] بهذه المثابة ، حتى لو أعتق عبده ثم أقر السيد أو غيره عقب الإعتاق بعين أو دين لم يصح ؛ لأن الأهلية[٨] لم [١٢٤ن/أ]تثبت له إلا في الحال ولم يجر بينهما ما يوجب المال ، انتهى .

وقوله[٩] : « إن سائر الديون أيضًا كذلك » فيه نظر ؛ لأن سائر الديون يمكن

---

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « أن القاضي » .
(٢) من (س) .
(٣) كذا في (س) وفي (ن) و(ق): « باطل » .
(٤) من (س) .
(٥) في (ن) و(ق): « وأن » .
(٦) من (ق) .
(٧) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « الإعتاق » .
(٨) أي : أهلية الملك .
(٩) أي : الرافعي .

ثبوتها ابتداءً للمقر له بخلاف هذه الثلاثة، وكلام ابن القاص[١] فيما لا يجوز [أن][٢] يثبت في الابتداء لغير المقر ، كذا فهمه القفال [١١٠ق/ب] وغيره من الأئمة [عنه][٣] ، ومن ثم يظهر أن يجعل من جعل الأكثرين في هذه الديون الثلاثة إذا أطلق الإقرار بناء على القولين المذكورين[٤] ليس بجيد من قبل أن لابن القاص[٥] أن يقول : لا يلزم من صحة الإقرار المطلق للحمل صحة الإقرار المطلق بهذه الديون ؛ لأن الحمل يصح أن يثبت له ابتداء ما أقر به بميراث ونحوه ، وأما هذه الديون فلا يصح ثبوتها ابتداء لغير المقر ، فقد يقال : لا يصح الإقرار المطلق بها ؛ لأن الأصل عدم الناقل[٦] ، ومجرد الاحتمال لا يصلح دافعًا لهذا الأصل بخلاف الحمل ، فإن الاحتمال فيه أقوى لكونه[٧] يصح أن يثبت له ابتداء ، فلسنا[٨] [على ثقة][٩] من أن المقر له [ثبت له][١٠] ذلك ثم انتقل عنه ، بل جاز أن لا يكون ثبت له البتة ، فلا يكون الحكم [به للمقر][١١] له مستندًا إلى احتمال الناقل وحده[١٢] ، فظهر

(١) في (ق) : « ابن القطان » .
(٢) سقطت من (ن) .
(٣) من (ن) .
(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « المذكور » .
(٥) في (ق) : « لابن القطان » .
(٦) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «الباطل».
(٧) في (ن) و(ق) : « لعمومه » .
(٨) في (ن) و(ق) : « فليس » .
(٩) من (س) .
(١٠) من (ق) .
(١١) من (س) .
(١٢) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «وغيره».

[له][1] أنه أولى بعدم الصحة من الإقرار للحمل ، و[إن][2] اشتركا في الصحة .

قاعــدة

قال القاضي أبو سعد[3] : « **ضمني كل إقرار مثل صريحه**[4] »[5] .

واستشهد بمسألتين .

الأولى : قال [الزوج][6] : أخبرتني الرجعية بانقضاء عدتها ، وهي لم تدع ذلك فراجعتها ، صحت[7] ؛ لأن الخبر ينقسم إلى صدق وكذب ، وهو لم يعين[8] خبرها في جانب الصدق إذ لم يصدقها فيه ، فصار كما لو صرح بأنها أقرت كاذبة ، فإن ادعت[9] [فيه][10] انقضاءها وكذبها وراجعها في تلك الساعة قبل تحليفها ، فإن حلفت تبين بطلانها[11] ، وإن نكلت ، وحلف تبين[12] صحتها على ظاهر المذهب ، انتهى .

---

(١) من (ن) .

(٢) من (س) .

(٣) في (ق) : « أبو سعيد » .

(٤) في (ق) : « كصريحه » .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٣٤- ٣٣٥) .

(٦) من (ن) .

(٧) أي : صحت المراجعة .

(٨) في (ق) : « وهي لم تعين » .

(٩) في (ق) : « أذهب » .

(١٠) من (ن) .

(١١) أي بطلان الرجعة .

(١٢) في (ن) : « تعين » .

وقد يقال : إن قوله : أخبرتني بالانقضاء إذا لم يتضمن التصديق لا يتضمن التكذيب ، وإنما اقتضى التكذيب بمراجعته لها بعد ، وهو ليس إقرارًا ، بل إنشاء للرجعة ، وإن جعلت هذه المسألة مستثناة من القاعدة لما بَعُد ، لأن اعترافه بإخبارها بالانقضاء يتضمن أن لا رجعة لها[١] [١٢٤ن/ب] ؛ لأنه اعترف بإقرارها بما جعلها الشارع مؤتمنة عليه ، لكنا جعلنا له الرجعة فلم يعط ضمني الإقرار حكم صريحه[٢] .

ولا شك أن الخبر وإن لم يستلزم الصدق ، لكن اعترافه بأنها أخبرته اعتراف أن لا رجعة[٣] ، وليس له عليها غير اليمين على ما ائتمنها عليه الشارع ، فكيف نمكنه من الرجعة .

ولعل صورة المسألة أن تكذبه في أنها أخبرته ، أو أن تقول : أخبرته وأنا كاذبة ، والواقع أن عدتي لم تنقض ، وعلى هذا الوجه نقل المسألة الرافعي في آخر باب الرجعة ؛ حيث قال [١١١ق/أ] : وعن نصه في « الأم » لو قال : أخبرتني بالانقضاء[٤] ثم راجعها مكذبًا لها ، فقالت بعد ذلك : ما كانت عدتي منقضية وكذبت نفسها ، فالرجعة صحيحة ؛ لأنه لم يقر بانقضائها ؛ لأنه أخبر عنها ، وهذا النص ذكره البيهقي في « مبسوطه » حيث قال : ولو طلق امرأته ثم قال : أعلمتني أن عدتها قد انقضت ثم راجعها لم يكن هذا إقرارًا بأن عدتها قد انقضت ؛ لأنها قد تكذب فيما أعلمته وثبتت الرجعة إذا قالت : لم تنقض عدتي ، وفي رواية البويطي : [وقد قيل : و][٥]لا رجعة له لإقراره بانقضاء العدة ، انتهى .

---

(١) في (ق) : « له » .

(٢) وقعت في (ن) : « حكمه صحيح » ، وفي (ق) : « حكم صحيح » .

(٣) أي : لا رجعة له عليها .

(٤) أي : بانقضاء عدتها .

(٥) من (ن) .

وعزاه في الجديد ، وفيه تأييد لنقل الرافعي لتقييده ثبوتها[١] بما إذا قالت : لم تنقض عدتي غير أن لفظه كما رأيت : أعلمتني [لا][٢] أخبرتني ، ومراده بالإعلام الأخبار ، ولو أراد حقيقة الإعلام وهو تحصيل العلم الذي هو الاعتقاد الجازم المطابق لما أثبت له الرجعة بعد ذلك بحال ؛ لا[٣] يكون بعد صدقها في الانقضاء ، فما يسمع بعد ذلك منه أنها لم تنقض وإن وافقته هي ، يدل عليه[٤] نص [الإمام][٥] الشافعي عقب هذا إذ قال البيهقي : « وقال [الإمام][٥] الشافعي في الكتاب : وإن قال : قد انقضت عدتها وقالت هي : قد انقضت ، ثم[٦] قالت[٧] : كذبت لم يكن له عليها رجعة ؛ لأنه إقرار[٨] بانقضاء عدتها ، وكذلك لو صدقها في الانقضاء ثم كذبها لم يكن له عليها رجعة » .

المسألة الثانية : مسلم تحته مسلمة وكتابية بالنكاح ، فقال للمسلمة ارتدتْ وللكتابية [١٢٥ن/أ] أسلمتْ ، وأنكرتا [جميعًا بطل نكاحهما لزعمه أن الكتابية ارتدت بإنكارها][٩] الإسلام ، وضمني الإقرار كصريحه ، وصورتها : أن يكون[١٠] ذلك قبل الدخول ، وقد نقل الرافعي الفرع قبل كتاب الصداق عن « فتاوى البغوي »

---

(١) أي ثبوت الرجعة .

(٢) سقطت من (ن) و(ق) .

(٣) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « لأنه » .

(٤) وقعت في (ن) : « ندب على » ، وفي (ق) : « يدل على » .

(٥) من (ن) .

(٦) في (ن) : « و » .

(٧) في (ق) : « قال » .

(٨) في (ق) : « أقر » .

(٩) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(١٠) وقعت في (ن) و(ق) : « أن يجوز » .

وهو شاهد جيد، وينبغي أن يقال : [ضمني][١] كل إقرار معتبر مثل صحيحه، وأما غير المعتبر فلا ينبغي أن يثبت ما تضمنه، كما إذا أقر بطلاقها واحدة وارتجعها وادعت الثلاث[٢]، ثم اعترفت بصدقه وأكذبت نفسها، فقد نص [الإمام][٣] الشافعي على أنها[٤] [يحل][٥] لها الاجتماع معه، كما نقله في « المطلب » عن الماوردي في آخر باب الرجعة، فإذا مات هذا الزوج، فالأقرب[٦] أنها ترثه، وإن كان قد سبق منها الاعتراف بالإبانة[٧] لأن[٨] ذلك الاعتراف لم يعتبر، بل ألغاه الشارع[٩]، وكذا لو طلقها طلقة وادعت هي أنها ثالثة تحتاج إلى التحلل، ثم رجعت [١١١ق/ب] عن ذلك وزوجت منه من غير محلل، الأقرب ثبوتها[١٠]، والميراث، وكذلك لو كان له على رجل ألف، فقال : اشتريت منك دارك بتلك الألف وقبضته، وأنكر من عليه وأحلف، يجوز له مطالبته بالألف، ولا مبالاة بما تضمنته دعواه من صدور عقد الشراء والقبض؛ لأن العوض لم يسلم له، وهو بخلاف ما إذا قالت : اختلعت نفسي منك على صداقي [فخالعتني][١١]، وأنكر

---

(١) من (ق).

(٢) أي : وادعت أنه طلقها ثلاثًا.

(٣) من (ن).

(٤) في (ن) : « على أن لها ».

(٥) سقطت من (ن).

(٦) كما ذكره تقي الدين السبكي في « فتاويه ».

(٧) أي : بأنه أبانها ثلاثًا، ووقعت في (ن) : « بالإيمان ».

(٨) في (ن) و(ق) : « كان ».

(٩) وقعت في (ن) و(ق) : « بل الغاية التنازع ».

(١٠) أي : ثبوت الزوجية.

(١١) من (س).

فلا رجوع لها بالصداق ؛ لأن الفرقة التي حصلت بالخلع لا تدفع[(١)] بزعمها ، ذكره البغوي في « الفتاوى » [ولو قالت : خالعتني على الصداق][(٢)] فأنكر ، فالقول قوله بيمينه ، ثم للمرأة مطالبته بالصداق .

وكان صورة الأولى أن تقول : التمستُ منكَ الخلع على الصداق ، وأجبت التماسي وحصلت[(٣)] لي البينونة والانطلاق من حبالك فينكر ، فلا مطالبة لها بالصداق ؛ لأنها فيما تزعم قد حصلت على غرضها .

وصورة الثانية[(٤)] : أن يقول :التمست مني فأجبتُكِ إلى الصداق فأنكر ، فلها الصداق ؛ لأنها[(٥)] لم تعترف بحصول القصد من الإطلاق من حباله، ومن[(٦)] القاعدة وصورتها مسائل :

الأولى : لو [قال][(٧)] عقدنا[(٨)] بشهادة فاسِقَيْن، فأنكرت، فلا يقبل قوله بالنسبة إلى إسقاط المهر، ولا خلاف أنه لا يرثها إذا ماتت ؛ لأن قوله عقدنا[(٩)] بفاسقين يتضمن ذلك .

الثانية : ما ذكره [١٢٥ن/ب] أبو سعد الهروي : لو قال : طلقتها من سنة قبل قوله

---

(١) في (ق) : « ترتفع » .
(٢) ما بين المعقوفتين سقط من (ن) .
(٣) في (ن) : «وجعلت» .
(٤) في (ن) : « وصورة المسألة » .
(٥) في (ن) و(ق) : « إلا أنها » .
(٦) في (ق) : « وفي » .
(٧) سقطت من (ن) و(ق) .
(٨) في (ن) و(ق) : « عقد » .
(٩) في (ن) و(ق) : « عقد » .

بالنسبة إلى الطلاق دون إسقاط النفقة والكسوة ، وكان ينبغي له أن يستشهد على القاعدة بهذا الفرع ، فإن قوله : طلقتها من [سنة][1] إقرار بطلاقها ، يتضمن الإقرار بأن لا نفقة ولا كسوة ، فهو كصريح قوله : لا نفقة عليه ولا كسوة ، ثم بعد ذلك لا يقبل منه لو صرح به ، فكذلك إذا جاء ضمنيًّا .

❋ ❋ ❋

(١) سقطت من (ن) .

كتاب الغصب

فائدة : منفعة الأموال تُضمن بالفوات عند [الإمام][١] الشافعي ، ومنفعة البُضْع إنما تضمن بالتفويت ، ومنفعة الحُرِّ تضمن بالتفويت ، وهل تضمن بالفوات ؟ فيه خلاف جارٍ في مسائل[٢] :

- **منها** : إذا حبس الحُرَّ مدة هل يضمن منفعته في تلك المدة ؟ فيه وجهان ، **قلت**[٣] : الأصح : لا .

- **ومنها** : إذا استأجره مدة فهل له أن يؤجره نظير تلك المدة من غيره ؟ فيه وجهان ، أصحهما : نعم .

- ومنها : إذا استأجر شهرًا بعينه وسلم نفسه إليه، فلم يستوف المنفعة هل تستقر الأجرة ؟ ، فيه وجهان ، أصحهما : نعم ، وكان الفرق أن المنافع بالأجرة [قد][٤] قدرت[٥] موجودة شرعًا ، فجاز أن تنتقل في المسألة الثانية ، وتتقرر الأجرة في المسألة الثالثة [١١٢ق/أ] .

فائدة : المضمون شيئان : ما ليس بمال وهو : الأحرار ، فيضمنون بالجناية على النفس والطرف[٦] ، بالمباشرة تارة وبالتسبب أخرى .

---

(١) من (ن) .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٥٩) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٢٣) ، «قواعد ابن عبد السلام» (٢/٣٢١) .

(٣) القائل : هو ابن الملقن .

(٤) من (ق) .

(٥) وقعت في (ن) : « فورث » .

(٦) وقعت في (ن) و(ق) : « الظن » .

الثاني[١] ما هو مال : وهو نوعان : أعيان ، ومنافع ، فالأعيان ضربان : حيوان وغيره [والحيوان صنفان : آدمي وغيره][٢] ، وقد وضح الرافعي ذلك فراجعه .

قاعـــدة

في تحرير[٣] إعواز المثل :

اعلم أن الإتلاف تارة يكون من غاصب ، وتارة يكون من غيره ، ثم الإتلاف يكون تارة مع وجدان المثل ثم يفقد ، وتارة يكون في حال فقد المثل ، وههنا مقدمتان[٤] :

الأولى : القيمة في ذوات الأمثال إذا وجبت[٥] عند فقد المثل هل نقول : هي بدل عن العين ، أو عن المثل ؟ وجهان حكاهما أبو الطيب بن سلمة أحدهما : أن القيمة[٦] بدل [عن][٧] العين لما تقرر أن الواجب [رد][٨] العين ما دامت موجودة ، فإذا تعذر ردها وكانت مثلية وجب رد المثل لمساواته العين ، وإنما وقعت المغايرة الشخصية[٩] ، فإذا تعذر رد المثل وجبت القيمة ؛ لأنها [١٢٦ن/أ] مثل

---

(١) في (ق) : « ومنها » .

(٢) تكرر ما بين المعقوفتين في (ق) .

(٣) وقعت في (ن) : « تجويز » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص: ١٦٢) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٣٠-٣٣٣) ، «قواعد ابن عبد السلام» (٢/٣٢٥) .

(٥) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « وجد » .

(٦) وقعت في (ن) : « النفقة » .

(٧) من (ق) .

(٨) سقطت من (ن) و(ق) .

(٩) في (ن) : « الحسية » ، وفي (ق) : « الجنسية » ، والمثبت من (ك) .

العين[١] وكانت بدلًا عنها لا عنه[٢] .

والثاني : أنها بدل عن المثل ؛ لأن القيم غير ملحوظة[٣] في المثليات مع وجود المثل ، وإنما لحظت عند فقده فإذن هي بدله ، ووقع للأصحاب خلاف في الكفارة المرتبة هل كل خصلة واجبة[٤] على حيالها ، أو هي أبدال كالتراب[٥] مع الماء ، ولم أظفر بقائل يقول : الصوم بدل عن العتق ، والإطعام بدل عن الصوم .

الثانية : إعطاء[٦] القيمة عند فقد المثل ، هل هو بدل حقيقي أو إعطاء للحيلولة ، حتى لو وجد المثل رد القيمة وأخذ المثل ؟ فيه وجهان أصحهما : أولهما[٧] .

إذا عرفت[٨] ذلك فالغاصب إذا تلفت العين المثلية في يده وأعوز المثل وعدل إلى القيمة فما المعتبر ؟ فيه أحد عشر وجهًا .

[أحدها][٩] : أن المعتبر [قيمة][١٠] يوم التلف ، ثانيها : يوم الإعواز ، ثالثها : يوم المطالبة ، رابعها : يوم أخذ القيمة ، خامسها : أقصى القيم من يوم الغصب إلى [التلف ، والسادس : أقصى القيم من يوم الغصب إلى][١١] الإعواز .

---

(١) أي في المسألة .

(٢) أي : وكانت القيمة بدلًا عن العين لا عن المثل .

(٣) في (ق) : « مخلوطة » .

(٤) في (ق) : « واحدة » .

(٥) في (ن) : « كالميراث » .

(٦) في (ق) : « إذا أعطي » .

(٧) أي : أنه بدل حقيقي .

(٨) في (ق) : « عُرف » .

(٩) من (ق) .

(١٠) من (ق) .

(١١) ما بين المعقوفتين استدراك من (ك) .

قلت : و[هو][١] أصحها وضابط الخلاف أربعة، [منها][٢] : بسايط وستة منها مركبات من البسايط، وآخرها منفرد برأسه، الأربعة البسايط[٣] الأربعة [الأول][٤] التي ذكرناها[٥]، والمركبات اعتبار أقصى القيم من الغصب إلى الأول، من الغصب إلى الثاني، من الغصب إلى الثالث، من الأول إلى [الثاني، من الأول إلى][٦] الثالث[، من الثاني إلى الثالث][٧].

والمنفرد : اعتبار أقصى القيم إن [فقد من][٨] البلاد كلها يوم التلف [١١٢ق/ب]، وإلا فيوم[٩] أخذ القيمة، فإن غصب مثليًّا وكان المثل مفقودًا حالة العقد[١٠] فالوجه الأول : بحاله، والثاني : منتف، وقائل بالتلف، والثالث : بحاله[١١]، والرابع بحاله[١٢]، والخامس : بحاله، وهو من الغصب إلى التلف، والسادس : منتف، وهو من الغصب إلى الإعواز، وقائل بالغصب[١٣]، والسابع بحاله، وهو من الغصب إلى المطالبة، [والثامن : منتف وهو من التلف إلى الإعواز، وقائل بالتلف،

(١) سقطت من (ن).
(٢) من (ن).
(٣) تكررت في (ق).
(٤) من (ن).
(٥) أي : اعتبار يوم التلف، واعتبار يوم الإعواز، واعتبار يوم المطالبة، واعتبار يوم أخذ القيمة.
(٦) من (ق).
(٧) من (ن).
(٨) من (ق).
(٩) وقعت في (ن) : « فيقوم ».
(١٠) في (ن) و(ق) : « التلف ».
(١١) وهو المطالبة.
(١٢) وهو أخذ القيمة.
(١٣) أي : إلى التلف.

والتاسع بحاله وهو من التلف إلى المطالبة][١]، والعاشر : منتف وهو من الإعواز إلى المطالبة ، وقائل بالمطالبة ، والحادي عشر : منتف وقائل بالتلف .

قلت[٢] : عبارة « الروضة » من زوائده ، والحادي عشر باق على حاله .

وضابط [هذه][٣] الأوجه انتفاء الإعواز ، إذ لا إعواز ، فحيث كان غاية اعتبرت الغاية الأخرى [١٢٦ن/ب][٤] ، وحيث لا تكون غاية اعتبر التلف .

وإذا[٥] أتلف مثليًّا من غير ما غصب فلا يخلو إما أن يكون المثل موجودًا حالة الإتلاف [وأعوز][٦] أو لا ، فإن كان موجودًا ، فالوجه الأول باقٍ بحاله وفي الثاني والثالث والرابع والخامس منتف ، وقائل بالتلف .

والسادس منتف ، وقائل بالإعواز[٧] ، وهو من الغصب إلى الإعواز ، والسابع منتف وقائل بالمطالبة ، والباقية[٨] : بحالها[٩] ، وإن كان المثل مفقودًا حالة الإتلاف انتفى الثاني وهو الإعواز[١٠] ، وقائل بالأول والخامس منتف ، وقائل بالأول [و السادس كذلك ، والسابع بالمطالبة ، والثامن بالأول][١١] والتاسع : بالمطالبة والأخيران بحالهما ، والضابط ما تقدم .

---

(١) من (ك) .

(٢) القائل : هو ابن الملقن .

(٣) من (ن) .

(٤) في هذا الموضع من (ن) ، وقع : « وحيث لا يكون غاية اعتبرت الغاية الأخرى » .

(٥) في (ن) : « وإن » .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ق) : « ما لا يجوز » .

(٨) في (ن) : « والثانية » .

(٩) في (ق) : « تحالفًا » .

(١٠) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « من الأول » .

(١١) من (ك) .

قاعــدة

«كل جملة تكون مضمونة بالمثل يكون النقص[١] الداخل عليها مضمونًا بالأرش من القيمة دون المثل»، وفيه مسائل[٢].

- **منها**: لو جَرح له صيدًا له مثل ينقص عشر قيمته لزمه عشر قيمة المثل، وقيل: يجب عشر المثل إلا أن يتعذر.

- **ومنها**: الطعام المغصوب إذا بله بالماء أو قلاه بالنار، فإن عليه أرش نقصه دون المثل.

قاعــدة

«لا فرق في ضمان [المتلف][٣] بين العلم والجهل»[٤].

ولا يرد ما إذا استعمل العارية بعد الرجوع جاهلًا به، حيث لا تجب عليه الأجرة فيما ذكر القفال: «وإذا أمر السلطان رجلًا بقتل رجل بغير حق والمأمور لا يعلم حيث لا دية على القاتل».

وإذا أحرم المحرم ثم قتل صيدًا حيث لا جزاء واجب في أظهر القولين، وإذا [قتل][٥] مسلمًا ظن كفره بدار الحرب، فالأصح عدم وجوب الدية، وإذا رمي إلى

---

(١) في (ق): «البعض».
(٢) «قواعد الزركشي» (٢/٣٣٣-٣٣٤)، «قواعد ابن عبد السلام» (٢/٣٢٥).
(٣) من (ن).
(٤) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٢٧٧).
(٥) سقطت من (ق).

مسلم تترس به المشركون[١] حيث لا دية إذا جهل إسلامه .

وإذا باشر الولي القصاص من الحامل [١١٣ق/أ] جاهلًا بحملها، فالأصح أن الدية على السلطان .

وإذا أباح له ثمرة بستان ثم رجع فأكل بعد الرجوع قبل العلم، حيث لا يغرم[٢] في أحد الوجهين .

قاعـــدة

قال أبو الحُسين[٣] : « **كل من غصب شيئًا لزمه رده أو رد قيمته إلا في مسألة** »[٤] أن يسجر التنور ليخبز فيه بثمن أجرة مثل قيمة الحطب[٥]، وليس هو ما غصب ولا قيمة ما غصب ؛ لأنه غصب الخبز وعليه قيمة الحطب ، ومن أصحابنا من قال : عليه الخبز ، ومنهم من قال : عليه أن يسجر [١٢٧ن/أ] التنور ويحميه كما كان ، وصور الزبيري[٦] في كتاب[٧] « المُسْكت »[٨] المسألة بأن يُصبَّ عليه آخر

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « المسلمون » .

(٢) في (ن) : « يعلم » .

(٣) هو أحمد بن الحسين ، أبو الحسين الرازي الفَنَّاكي ، سبقت ترجمته .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٠)، «قواعد ابن عبد السلام» (٢/٢٦٥) .

(٥) في (س) : « ليخبز فيه قيمة آخر من الخبز ، فيلزمه قيمة الحطب » .

(٦) هو الزبير بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن المنذر بن الزبير بن العوان ، الأسدي ، أبو عبد الله الزبيري البصري ، أحد أئمة الشافعية ، كان أعمى ، وله مصنفات كثيرة ومليحة ، منها : « الكافي » مختصر دون التنبيه ، و« المُسكت » كالألغاز ، توفي سنة سبع عشرة وثلاثمائة (٣١٧هـ) ، راجع ترجمته في : « طبقات الفقهاء الشافعية » لابن قاضي شهبة (١/٦٣- رقم ٣٩) .

(٧) في (ق) : « باب » .

(٨) وقعت في (ن) و(ق) : « السلب » .

ماء فيطفيه ، وحكى الأقوال إلا أنه حكى بدل القول بأن عليه الخبز [فيه][١] قولًا أن عليه قيمة الجمر[٢] ، واستشكل الأقوال الثلاثة ، أما القول بأن عليه قيمة الجمر[٣] ، فلأنه لا قيمة له معروفة ولا يكال ولا يوزن ، وأما القول بأنه يحميه[٤] فلا ضابط له ، وأما القول بأن عليه الحطب[٥] فإن انطفأ لم يستهلكه ، وإنما أتلف الجمر[٦] بعد خروجه عن الحطب[٧] ، قال : كما أن من أحرق ثوبًا [ليتخذ رماده حراقًا][٨] فأتلفه رجل لا يجب عليه قيمة الثوب قبل الإحراق ، قال[٩] : وأقرب ما يقال : وجوب قيمة الجمر[١٠] فإن له قيمة ، فإن قلت : فإن انتهى إلى حد لا قيمة له فلا شيء عليه إلا الإثم ، إن بقي بعد الإطفاء فحم ينتفع به ، نظر إلى قيمته حاميًا و[١١]إلى نقصه حين صار فحمًا ووجب ما بينهما من التفاوت ، وذكر أيضًا في « المسكت » أنه لو برد ماء في يوم صائف فألقى فيه رجل حجارة محماة أذهبت برده ، فقال قوم : لا شيء عليه ، لأن هذا ماء على هيئته وتبريده ممكن ، وقيل : يأخذ

---

(١) من (ق) .

(٢) وقعت في (ن) و(ق) : « الخبز » .

(٣) وقعت في (ن) و(ق) : « الخبز » .

(٤) أي : التنور .

(٥) أي : قيمة الخطب .

(٦) وقعت في (ن) و(ق) : « الخبز » .

(٧) كذا في (ق) ، في (ن) : « الطب » .

(٨) من (ق) .

(٩) أي : الزبيري .

(١٠) وقعت في (ن) و(ق) : « الخبز » .

(١١) في (ق) : « أو » .

هذا المتعدي ما أسخنه[١] ويضمن قيمته[٢] باردًا ، وقيل : ينظر إلى ما بين القيمتين في هذه الحالة فيضمن به ، قال : وقول الأولين مُشكِل ؛ لأن هذا أتلف منفعة مقصودة ، فصار كما لو نسخ ثوبًا أو ضرب لبنًا فأعادهما إلى حالهما الأول ، قال : على أن بعضهم ارتكب [في][٣] هذين أيضًا أنه[٤] لا يضمن ما نقص ، وهو بعيد ، ومنهم من قال : يضمن مثل[٥] الثوب منسوجًا ومثل [اللبن][٦] مضروبًا ، ويرد[٧] على هؤلاء أن فيه إزالة الملك عن المالك [ودخوله][٨] في ملك الآخر بمجرد التعدي ، ويرد على من[٩] قال : [يضمن][١٠] ما بين القيمتين باردًا أو مسخنًا أن الماء ربوي ، فإذا أخذ ماءه ومعه دراهم لما نقص وقع[١١] في محذور الربا ، كما قيل فيمن كسر درهمًا مضروبًا لغيره [١١٣ق/ب] ثم نقصت قيمته بقيراط من الذهب يحكم عليه به ، وشنعوا[١٢] على قائله بأنه ربا والحق أنه لا محذور ، لأن [مالك][١٣] الدراهم والماء ....

(١) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « يأخذ هذا بالمتقدر ما استحقه » .
(٢) في (ق) : « مثله » .
(٣) من (ق) .
(٤) في (ق) : « لأنه » .
(٥) وقعت في (ن) : « من » .
(٦) سقطت من (ن) و(ق) .
(٧) في (ن): «ويدل».
(٨) من (س) .
(٩) في (ن) : « ما » .
(١٠) من (س) .
(١١) في (ن) : « رجع » ، وهي ساقطة من (ق) .
(١٢) في (ن): «ويشعرا».
(١٣) من (ن) .

لم يزل[١] ملكه عنها ثم يعود إليه مع غيره حتى يقع في الربا فلا شناعة في نفس الأمر، قال : ولو ألقى في ماء أسخنه رجل قطعة ثلج لينتفع به فهي كالمسألة قبلها ، قال : ولو بلَّ خيشًا[٢] ونصبه ليتبرد به[٣] فجاء رجل وأوقد عليه[٤] نارًا حتى نشف وحمي ، قال بعضهم : عليه قيمة الماء الذي بلَّ به ، وقال غيره : بل قيمة الانتفاع به مدة بقائه باردًا ، وقال آخرون : لا شيء عليه إلا الإثم ، قال : وأعدلها القول الثالث ، لأنه أتلف منفعة مقصودة .

قاعـــدة

« كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان ، فيتخير المالك عند التلف بين مطالبة الغاصب وبين [ما][٥] ترتبت يده على يده سواء علم الغصب أم لا »[٦] .

ثم إن علم الغصب فهو غاصب من غاصب ، وإن جهل فسيأتي حكمه .

تقديم : محلها[٧] اليد المقصود بها الاستيلاء لواضعها دون الاستحفاظ للمالك ، وقد علم أن الراجح[٨] أنه ليس للآحاد انتزاع المقصود، وعلى هذا

---

(١) في (ن) : « لم يزل إلى » .

(٢) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «خشبة».

(٣) في (ق) : « بها » .

(٤) في (ق) : « عنده » .

(٥) سقطت من (ن) و(ق) .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٢) .

(٧) أي : هذه القاعدة .

(٨) أي : عند الرافعي والنووي .

فمنتزعه[١] غاصب، لكن[٢] المنصوص أن للآحاد ذلك، وقد يُفصَّل فيقال: إن [من][٣] ظهر منه أنه لو وجد[٤] سبيلًا إلى الرد لرد، فلا ينتزع منه كيلا يكون ناقلًا للعين من الضمان [إلى][٥] الأمانة، فإن زالا فينزع[٦].

ومحلها أيضًا يد ترتبت، أما[٧] تصرف غير ذي اليد ممن هو كآلة فلا يضمن، إذ لا يرد في الحقيقة وذلك كمن رفع كتاب شخص [من][٨] بين يديه قاصدًا نظره في الحال[٩] فلا يضمن كما قاله القاضي[١٠]، وطرد الإمام ذلك في الدنانير المغصوبة التي تمر بأيدي النقاد، وليس من فعل هذا توكيل الغاصب؛ لأن الوكيل متفرد باليد، والنقاد لا تنفرد باليد بل هو بلحاظ من الدافع فلا يدله البتة[١١]، وليس كمن غصب شاة وأمر قصَّابًا فذبحها جاهلًا بالحال، وكذا كل ما استعان به الغاصب كالطحن والخبز في أن القرار على الغاصب؛ فإن الضمان [هنا][١٢] بطريق الجناية لا الغصب.

---

(١) في (ن) و(ق): « فتميز ».
(٢) في (ن): « ليس ».
(٣) من (ن).
(٤) في (ن) و(ق): « أو وجد ».
(٥) سقطت من (ن).
(٦) أي: فإن لم يظهر منه ذلك فيجب الانتزاع منه.
(٧) في (ن) و(ق): « أمانة ».
(٨) سقطت من (ن) و(ق).
(٩) أي: قاصدًا أن ينظر فيه ويرده في الحال.
(١٠) أي: القاضي حسين.
(١١) وقعت في (ن) و(ق): « فلا بد له النفقة ».
(١٢) من (ق).

وقولهم : فهو غاصب من غاصب ؛ أي حكمًا ، إذ الآخذ منه لم يستول على حقه[١] ، وقد يبنى على هذا أن الغاصب هل يخاصم؟ والمعروف : لا ، سواء قلنا يخاصم المرتهن والمستأجر أم لا ؛ [إذ][٢] لاحق له البتة ، وعن [الماوردي][٣] أنه يخاصم ويشهد [له][٤] أن للضامن حبس الأصيل إذا حبس ، وإن لم يثبت له علقه على وجه ليُرهقه إلى تحصيله[٥] ، وحكاه القاضي أبو سعد الهروي [١١٤ق/أ] في « إشرافه » عن بعض الأصحاب .

ولا يبعد أن يقال عند بقاء العين يطالب غاصب الغاصب بها ، والغاصب بقيمتها[٦] للحيلولة ، واللَّه أعلم[٧] [١٢٨ن/أ] .

❊ ❊ ❊

---

(١) أي : أن الغاصب هو المستولي على حق الغير عدوانًا ، والآخذ من الغاصب لم يستول على حقه ولا تعدي عليه ، وإنما هو غاصب من المالك باستيلائه على المال الذي كان عند الغاصب ، وليس بخصوص الأخذ من الغاصب مدخل في الغصب . اهـ . « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٢- ٣٢٣) .

(٢) من (ن) .

(٣) من (ق) .

(٤) من (ن) .

(٥) حكى هذا الوجه عن والده تاجُ الدين بن السبكي .

(٦) في (ن) : « بقيمة » .

(٧) انظر توضيح هذه العبارة : « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٣) .

كتاب الشفعة

قاعـــدة

« **الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود** »[١] في صور :

الأولى : [لو][٢] قال طالب الشفعة للمشتري عند لقائه : بكم اشتريت ، أو اشتريت رخيصًا ، فإنه يبطل حقه .

الثانية : كتب : أنت طالق ثم [استمر][٣] ، [فكتب][٤] : إذا جاءك كتابي فإن لم يحتج إلى الاستمرار طلقت وإلا فلا ؛ إذ لا إعراض .

الثالثة : حلف لا يسكن هذه [الدار][٥] ولا يقيم بها ، فتردد فيها ساعة من غير غلط[٦] حنث ، [وفيه][٧] بحث للرافعي .

قاعـــدة

« **من أثبت يده على يد** [**الغاصب**][٨] عن جهل **فإن**[٩] **دخل على أن يضمنه**

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/١٥١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٣٤٤) .

(٢) سقطت من (ن) و(ق) .

(٣) في (ن) : « أشهد » .

(٤) من (ق) .

(٥) من (ن) .

(٦) وقعت في (ن) و(ق) : « عوض » .

(٧) سقطت من (ن) .

(٨) من (ن) .

(٩) في (ن) : « أنه » ، وفي (ق) : « إذ » .

لم يرجع أو على أن لا يضمنه ، فإن لم يستوف ما يقابله كالمستودع من الغاصب [فيرجع به والقرار[١] على الغاصب][٢] » .

وقيل : لا يطالب المودع أصلًا ، وفي ثالث : يستقر الضمان عليه، وإن استوفاه كأكله[٣] فالأظهر أن القرار عليه لا على الغاصب [إلا أن يقول الغاصب مع التقديم : هو لي][٤] ، ثم يغرم المغصوب منه الغاصب ، فإنه لا يرجع على الأكل خلافًا للمزني ؛ لأنه بقوله : (هو لي) اعتراف بأنه مظلوم ، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه[٥] .

قاعـــدة

قال القاضي حسين : **« ما لا يستحق بالشفعة لا يستحق به الشفعة »**[٦] .

وجعل هذا علة[٧] قولهم في أرض نصفها [وقف][٨] ، وفي أرض نصفها طلق أنه لا يثبت للموقوف عليه الشفعة وهو الصحيح[٩] ، وتبعه الرافعي فقال : لأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا يستحق به الشفعة، واختار ابن الصباغ أن عليَّة كون

---

(١) وقعت في (ن) : « والفوات » .

(٢) تكرر ما بين المعقوفتين في (ق) .

(٣) أي : كأكله طعام مغصوب قدمه إليه الغاصب .

(٤) تكرر ما بين المعقوفتين في (ن).

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٢٣/١) .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣١١/١) .

ولفظ هذه القاعدة في (ن) كذا : « ما لا يستحق بالشفعة به الشفعة » وهو وهم من الناسخ .

(٧) في (ن) : « على » .

(٨) من (س) .

(٩) أي : إذا باع صاحب الطلق منها نصيبه .

الموقوف [عليه][1] لا يملك الوقف على المذهب فليس بشريك في الملك[2] ، والشفعة إنما تثبت لشريك الملك ، ولو قلنا يملكه بشرط الشفعة قبول القسمة وهو لا يقبلها على الأصح، ولو كانت أثلاثًا ثلثها وقف وثلثها لاثنين ، فباع أحدهما نصيبه ينبغي أن يثبت للآخر الشفعة إن جوزنا القسمة ؛ لانتفاء العلة التي ذكرها القاضي ، وبالمنع إن لم نجوزه لعدم توقع الضرر بالمقاسمة[3] ، ولذلك أطلق صاحب « التنبيه » وغيره أن ما ملك بشركة الوقف لا شفعة فيه ، وهذه القاعدة نقضها ابن الرفعة [١١٤ق/ب]، وصاحب الجزء الكبير فإنه لا يأخذ [بالشفعة دون صاحب][4] الجزء الصغير الذي لا ينقسم لعدم توقع القسمة ولا العكس ، وذكر القاضي بعد أن ذكر هذه القاعدة : وعلى هذا القول الجارية [١٢٨ن/ب] التي نصفها قن ، ونصفها أم ولد [فإن استولدها معسر فوقعنا الاستيلاد على حصته لو أعتق صاحب النصف الذي هو أم ولد نصيبه لم يسر إلى ما هو قن ؛ لأن صاحب النصف القن إذا أعتق نصيبه لم يسر إلى ما هو أم ولد][5] فيها مما لا يسري إلى العتق[6] .

قاعـــدة

« ما يبذله الشفيع من الثمن للمشتري مقابل لما يبذله المشتري »[7] .

على ما ذكر ابن أبي الدم أنه المفهوم من كلام الأصحاب ، وهو قول القفال

---

(١) من (ن) .

(٢) في (ن) : « في ذلك » .

(٣) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « لعدم توقع الضرورة والمقاسمة » .

(٤) من (س) .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٦) في (ق): «الغير».

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٢٨) .

وقال[١] القاضي : « إنه في مقابلة الشقص » فالمشتري عند القفال كنائب[٢] عن[٣] الشفيع في الشراء ، أو أقرضه الثمن وأحْوجه إلى هذا دلالة الحديث على أن الشريك أحق بالشفعة ، فكان الشفيع [نازلًا][٤] منزلة المشتري[٥] ، قال ابن أبي الدم : وهذا الخلاف ينبغي أن يكون قاعدة باب الشفعة، وعلى القاعدة يتخرج مسائل :

- **منها** : خيار المجلس للشفيع ، وجواز التصرف قبل القبض ، وأخذ ما لم يره ، والملك بقضاء القاضي عند قوله : تملكت ، وبالإشهاد ، ولخوف الزيادة والحط ، وانحطاط مقدار الأرش ، وغير ذلك من مسائل كثيرة من أهمها :

- إن كان الشفيع وارثًا ، والبائع مريض وفي[٦] الثمن محاباة وقبض الشقص[٧] إذا كان عليه صفائح ذهب ، والثمن فضة على ما تفقه فيه ابن الرفعة ، و[إن كان][٤] المنقول[٨] اشتراط القبض فيه ، والصحيح مختلف في هذه الفروع بسبب يخص الفروع في نفسها .

ويشكل على القفال في قوله : « إن المشتري أقرض الشفيع الثمن » ، أنه لو كان كذلك لكان الواجب فيما إذا اشترى الشقص[٩] بمتقوم المثل الصوري ، كالقرض لا القيمة [فالأشبه][١٠] على قاعدته أن يقدر أن الشفيع أتلفه عليه ، وعلى قول القاضي ، يجعل معيارًا لا غير ، انتهى .

---

(١) في (ن) : « وقول » .
(٢) في (ن) و(ق) : « كناية » .
(٣) في (ن) : « عند » ، وفي (ق) : « ثابتة عن » .
(٤) من (ق) .
(٥) وقعت في (ن) : « المستولي » .
(٦) في (ن): «ومن».
(٧) في (ن): «الشخص».
(٨) في (ق) : « المقبول » .
(٩) في (ن) : « الشفيع » .
(١٠) من (س) .

[**قلت** : لا شك أن][١] القفال يقدر كأنه أتلفه، فإن الأصحاب صرحوا بأن المتقوم[٢] لا يؤخذ بالمثل الصوري هنا وإن أخذ في القرض[٣] ذلك، فقال المتولي : الشفيع لا يؤخذ بالمثل صورة ، بخلاف القرض على أحد القولين؛ لأن القرض[٤] مشروع للإرفاق، فلو لم نوجب الجنس لامتنع الناس عن القرض[٥] فيفوت الرفق المطلوب، وأما الأخذ بالشفعة فسببه الإتلاف، والمتقومات عند الإتلاق تُضمن بالقيمة، وقال- أعني المتولي- بعد ذلك : إذا استقرض شقصًا، فالشفيع [١٢٩ن/أ] يأخذه بقيمته بلا خلاف؛ لأن المستقرض يضمنه بالقيمة على المذهب الصحيح وعلى القول الأول، لا يجب عليه رد المثل على سبيل الإرفاق، والشفعة ملحقة بالإتلاف[٦]، وهذا نقله عنه الرافعي [١١٥ق/أ] ، وهو بناء منه على جواز قرض الشقص[٧] من دار، وقد نقله عنه قبل ذلك، وخرج من هذا أن للقفال أن يقول : إنما يلزم رد المثل صورة أن لو كان قرضًا حقيقيًا، وهذا يلحق بالقرض وليس هو[٨] إياه فلا يلزم .

قاعــدة

[قال][٩] الشيخ أبو علي : « إن من الأصول المطردة في المسائل : « **كل ما**

(١) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق) : « قال » .
(٢) في (ن) و(ق) : « المتصور » .
(٣) في (ق) : « بالقرض » .
(٤) في (ق) : « العوض » .
(٥) في (ن): «العوض».
(٦) وقع في هذا الموضع من (ن) و(ق) تقديم وتأخير من الناسخ، وقد رددت كلًّا إلى موضعه مطابقًا لما في (س).
(٧) وقعت في (ن) و(ق) : « الشفيع » .
(٨) في (ن) : « هذا هو » .
(٩) من (ن) .

ضمن كله بالقيمة ضمن بعضه ببعضها »[١] إلا في مسألة واحدة :

وهذا إذا عجل زكاة ماله ثم تلف ماله قبل الحول ، وكان ما عجل تالفًا يُغرَّم قيمته[٢] ، ولو كان معيبًا ، ففي الأرش وجهان .

وحكى الرافعي هذا في باب التحالف عن الشيخ أبي علي عند ذكره أن المبيع ، إذا كان بعد التحالف قائمًا ولكن معيبًا ، يُرَدُّ مع الأرش ، وهو قدر الناقص عن القيمة ؛ لأن[٣] الكل مضمون على البائع بالثمن ، فكذا البعض ، وقال : هذه المسألة قدمناها في موضعها ، وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها ، ولكن الصحيح خلافه ، ويستثنى[٤] أيضًا ثانية على وجه ، وهي : المستعار إذا تلف في يد المستعير [في غير الوجه المأذون ، ضمنه على المشهور ، وكذا إذا تلف جزؤه على الأصح فعلى][٥] الوجه الآخر يستثنى هذه المسألة .

- وكذا ثالثة : وهي إذا اطلع على عيب المبيع فرده وقد تلف الثمن في يد البائع ، والثمن متقوم [ضمنه بقيمته][٦]، وإن لم يتلف ولكن نقصه[٧] ضمنه ، فالأصح لا غُرْم ، وفي هذه الصور يتعين [الرجوع][٨] بالناقص من غير أرش ولا يمكن المالك من طلب البدل .

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٤٩/١) .

(٢) في « ابن السبكي » : « يغرم المسكين قيمته » .

(٣) في (ق) : « وأن » .

(٤) استثناها الشيخ تقي الدين السبكي في « شرح المهذب » .

(٥) ما بين المعقوفتين استدراك من (س) .

(٦) ما بين المعقوفتين استدراك من (س) .

(٧) في (ق) : « بعضه » .

(٨) ما بين المعقوفتين استدراك من (س) .

واعلم أن لنا مسائل أخر يضمن فيها الكل بالقيمة ولا يضمن البعض ببعضها ، ولكن لا يتعين فيها أخذ الناقص ، بل[١] يتخير بينه وبين البدل ، ولا ترد[٢] لوقوع التخيير فيها ، وكلام الإمام[٣] يقتضي تعميمها .

فمنها : الصداق إذا تعَيب في يد الزوجة ثم طلق قبل الدخول لم يلزمها الأرش ، بل الزوج مخير بين الرجوع إلى الشطر ناقصًا[٤] ، أو الانتقال إلى[٥]البدل .

- **ومنها** : اللقطة إذا [ما][٦] حضر مالكها ، وقد تعيبت خُيِّر[٧] على أحد الوجهين بين أن يقنع[٨] [بها][٩] بلا أرش وبين أخذ بدلها .

- **ومنها** : إذا رد[١٠] المبيع [١٢٩ن/ب] وقد تعَيب في يد البائع كذلك .

- **ومنها** : إذا جرى التحالف وقد تعَيب المبيع ، فتشبث[١١] الشيخ أبو علي بخلاف[١٢] في التخيير بين البدل و[بين][١٣] أن يقنع به بلا أرش .

---

(١) في (ق) : « لكن » .

(٢) أي هذه المسألة لا ترد على هذه القاعدة السالفة الذكر كما قال ابن الرفعة ، والسبكي ، وقصرا القاعدة على ما يتعين الرجوع فيه إلى الناقص .

(٣) يعني : إمام الحرمين .

(٤) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « في تضَاد » .

(٥) في (ق) : « أو إلى » ، وفي (ن) : «أو في» .

(٦) من (ن) .

(٧) في (ق) : « يخير » .

(٨) أي : أن يقنع بها معيبة .

(٩) من (ق) .

(١٠) في (ق) : « أراد » .

(١١) في (ن) و(ق) : « بسبب » .

(١٢) في (ن) : « يخالف » .

(١٣) سقطت من (ن) و(ق) .

- **ومنها** : القرض إذا تعَيب في يد المقرض ، قال الماوردي : إن كان الواجب المثل ، تخير المقترض بينه وبين مثله سليمًا فلا [١١٥ق/ب] أرش ، وإن كان الواجب القيمة رجع فيه بالأرش، هذا ما استثناه ابن الرفعة[١] ، والكلام في المتقومات فلا تورد صورة المثل في القرض ، وأما المتقوم فهي جارية على الأصل .

- ومنها : غريم [المفلس][٢] إذا وجد العين ناقصة نقصانًا غير مضمون ، فإن شاء رجع فيها بلا أرش وإن شاء ضارب ، قال الإمام : « والقاعدة منعكسة أيضًا ، فإن المبيع إذا غاب في يد البائع لا يلزم البائع للمشتري أرش العيب ؛ لأن المبيع لو تلف في يده لم تلزمه قيمته بل الحكم الانفساخ » ، قال ابن الرفعة : والعكس لا يخرج منه شيء نعلمه الآن[٣] نعم المشتري من الغاصب إذا تلفت العين في يده ، وغرم قيمتها لم يرجع بها على الغاصب ، ولو تعيبت[٤] في يده وغرم الأرش رجع به على الغاصب على قول ، ومع هذا يصح[٥] أن يقال : يد ضامنه[٦] يستقر عليها ضمان الكل ، ولا يستقر عليها ضمان البعض[٧] ، انتهى .

وثمَّ أخرى تخرج من العكس : وهي وطؤ الراهن الجارية المرهونة إذا أحبلها ونقص قيمتها بالولادة ، يلزمه الأرش ، وفي وجوب قيمتها إذا ماتت من الولادة وجهان ، والكلام حيث ينفذ[٨] الاستيلاد .

---

(١) وقعت هذه العبارة في (ن) كذا : « هذا ما أسلفناه ، قال ابن الرفعة » ، وفي (ق): « هذا ما أسلفناه ابن الرفعة » ، والمثبت من (س) .

(٢) من (س) .

(٣) في (ن) و(ق) : « إلا أن » .

(٤) في (ن) و(ق) : « تلفت » .

(٥) في (ق) : « لا يصح » .

(٦) في (ن) : « ضمانه » .

(٧) في (ن) و(ق) : « النقص » .

(٨) وقعت في (ن) و(ق) : « يستمد » ، والمثبت من (س) .

قاعـــدة

« الحر لا يدخل تحت اليد »[١] .

والغزالي لما حكى الوجهين في أن منفعة بدن الحر [هل][٢] تضمن بالفوات [كما تضمن][٣] بالتفويت ، قال في « الوجيز » : وهو تردد في ثبوت [يد][٤] غيره عليه حتى ينبني عليه جواز إجارة الحر- عند استئجاره- إن قلنا تثبت اليد ، وأنه بتسليم نفسه هل تتقرر أجرته ؟ واعترضه الرافعي بما وضحه[٥] .

ويؤيد ذلك أنه لو كان مبنيًا [على ما][٦] ذكره الغزالي لكان الأكثر على أن مستأجره لا يؤجره وأن أجرته لا تتقرر والأمر على خلافه[٧] .

---

(١) راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٦١) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٥٢) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٢٨٤) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/١٣١) ، « قواعد الزركشي » (٢/٤٣) .
قال تاج الدين ابن السبكي معلقًا على هذه القاعدة : « صرح به الأصحاب في مواضع كثيرة ، ولم أجد في كلام الأصحاب ولا في الشريعة دليلًا عليه » « الأشباه والنظائر » (١/٣٥٢) .
ومعنى هذه القاعدة : أن الحر لا يستولى عليه للانتفاع أو الملك كما في الغصب والرق ، وليس متقومًا كالعبد ، ومن ثم لا يباع ولا يشترى ، ولا يضمن عند التلف لو حُبس مثلًا فمات .

(٢) من (ن) .

(٣) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « دون » .

(٤) سقطت من (ن) .

(٥) انظر : « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٥٢) .

(٦) كذا في (س) وفي (ن) و(ق) : « كما » .

(٧) لأن الأكثر على أنه لا يدخل تحت اليد أو الكل ، لكن الأكثر على أن له أن يؤجره وأن أجرته تتقرر .

وقد جزم الأصحاب هنا بأن أحد المتداعيين زوجية امرأة[(١)] لا يدعي على [١٣٠ن/ أ] صاحبه بل عليها، وحكى الرافعي في النكاح والرجعة وجهًا أن أحد المتداعيين يدعي على الآخر، وهذا الوجه لا يقتضي دخولها تحت يده، وإنما الدعوى لكونه حائلًا بينه وبينها[(٢)]، وقول الرافعي : « إن منافعه تضمن بالعقد الفاسد » تبع فيه المتولي، ولا شك أن من حبسه ومنعه الطعام والشراب حتى مات أنه قاتله، فهذا دل على دخوله تحت اليد، وقد نصُّوا[(٣)] في كتاب « السير » : « أن الإمام إذا أكره أهل الذمة وأخرجهم منها، وحملهم على الجهاد أنه يجب لهم أجرة المثل ».

فائدة : اليد لها معاني السراية : ﴿فَاقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة : ٣٨]، القوة، ﴿خَلَقْتُ بِيَدَيَّ﴾ [ص : ٧٥]، و ﴿حَتَّىٰ [١١٦ق/أ] يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾ [التوبة : ٢٩] محتمل لها، وإسداء[(٤)] النعمة : ﴿بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ﴾ [المائدة : ٦٤]، وجملة الإنسان ﴿فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ﴾[(٥)] [الشورى : ٣٠].

❋ ❋ ❋

---

(١) في (ق) : « أوجب إقراره ».

(٢) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق) : « فيستوفيها ».

(٣) أي عن الإمام الشافعي.

(٤) في (ق) : « وابتداء ».

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٥٥).

كتاب اللقطة

قاعـــدة

« **الأكساب النادرة هل تدخل في المهايأة في العبد المشترك** »[١] ؟ والأصح دخولها ، ووجه الآخر : [على][٢] [أن][٣] النوادر مجهولة ربما [لا][٤] تخطر بالبال عند التهايؤ ، وهذا الخلاف يضاهي الخلاف في أن العام[٥] هل يشمل الصور النادرة ؟ وسيأتي في الأيمان إن شاء اللّٰه تعالى ، وعلى الخلاف في هذه القاعدة مسائل :

- **منها** : اللقطة هل تدخل ؟ فيها قولان منصوصان ، هما أصل الخلاف في دخول الأكساب النادرة ، وألحق غيرها بها ، [ولذلك][٦] يعبر[٧] عن[٨] الخلاف في أصل القاعدة بقولين ، وبعضهم بوجهين ، والأصح : الدخول .

- **ومنها** : اصطياده إذا لم يكن من عادته الاصطياد .

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٧٨) .

(٢) من (ن) .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) سقطت من (ق) .

(٥) في (ن) و(ق) : « المغانم » .

(٦) من (ن) .

(٧) في (ق) : « تعين » .

(٨) في (ن) و(ق) : « على » .

– ومنها : الوصية له هل يفتقر قبوله إلى إذن السيد ؟ إن قلنا بعدم الدخول[(١)] فهو كما لو لم يكن وقتها حينئذ خلاف [ينبني][(٢)] على افتقار العبد[(٣)] في قبول الوصية إلى إذن السيد إن أحوجناه ، فالقبول باطل بغير إذنه في نصف السيد ، [وفي نصفه][(٤)] وجهان ، لأن[(٥)] ما يملكه ينقسم على نصفه فيلزم دخول بعضه في ملك السيد من غير إذنه ، وإن قلنا بالأصح : وهو دخول الأكساب النادرة في المهايأة لم يحتج إلى إذنه ، وتردد الإمام فيما إذا صرح بإدراج الأكساب النادرة في المهايأة أنها تدخل لا محالة أو تكون على الخلاف ؟ وتردد فيما إذا عمت الهبات والوصايا في قُطر أنها تدخل لا محالة كالأكساب [١٣٠ن/ب] العامة ، أو يبني على الخلاف ، وليجر مثل ذلك في اللقطة .

وإذا قال : أوصيت لنصفه الحر أو لنصفه الرقيق ، فعن القفال : أن الوصية باطلة لا يجوز أن يوصي لنصف الشخص ، كما لا يجوز أن يرث نصفه وعن غيره : أنه يصح ، وينزل تقييد[(٦)] الوصي منزلة المهايأة ، فيكون الموصى به للسيد إن أوصى لنصفه الرقيق ، وله إن أوصى لنصفه الحر .

– ومنها : في « فتاوى القاضي حسين » : لو كان عبد بين شريكين أذن أحدهما له في التجارة ، فإن لم يكن بينهما مهايأة بغير إذن الشريك لا يصح ، وبإذنه يصح ، فيكون مأذونًا من جهتهما ، فمن جهة الإذن إذن ، ومن جهة الآخر[(٧)] ، كأنه[(٨)]

(١) أي : بعدم دخول الأكساب النادرة في المهايأة .

(٢) من (ق) .

(٣) في (ن): «الصيد»، وفي (ق): «المعتد».

(٤) من (ن) .

(٥) في (ن): «أن».

(٦) كذا في (ك) ، وفي (ن) : « وينزل يد » ، وفي (ق) : « وينزل بدل » .

(٧) في (ق) : « الإذن » .

(٨) في (ن) : « لأنه » .

توكيل للعبد عن الغير [١١٦ق/ب] بإذن سيده، وإن كان مهايأة فأذن أحدهما له في نوبته، قال القاضي: يحتمل أن تبنى[١] على الأكساب النادرة.

- **ومنها**: [بدل][٢] الخلع وهو على الخلاف كما ذكره الرافعي.

قاعـــدة

الذي اختلف في وجوب الإشهاد فيه منه اللقطة، قلت: والأصح المنع، ومنه اللقيط في الأصح الوجوب عليه، وعلى ما معه وجهان مرتبان وأولى بالوجوب لخوف الإرفاق.

قاعـــدة

ذكرها القاضي[٣] وتبعه كثير من الخراسانيين منهم: الغزالي في كتاب الكفارات، والرافعي في باب[٤] الردة:

«ما يصير به المسلم كافرًا إذا جحده يصير الكافر به مسلمًا إذا اعتقده»[٥].

قال القاضي: إلا في مسألة واحدة: وهي اليهودي إذا قال: عيسى رسول الله، فإنه لا يُحكم بإسلامه؛ لأن قومًا من الكفار يقولون به[٦]، والمسلم إذا جحد نبوة عيسى كفر، وفي مسألة اليهودي قول أنه إذا أقر برسالة عيسى عليه السلام يجبر على

(١) في (ن) و(ق): «يبقى».
(٢) من (ك).
(٣) أي: القاضي حسين.
(٤) في (ق): «كتاب».
(٥) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٨٧)، «قواعد الزركشي» (٣/١٤٥).
(٦) وهم النصارى.

الإسلام ؛ لأن المسلم لو جحد رسالته[١] كفر ، حكاه الرافعي عن نقل البغوي ، وقد جزم البغوي قبله : بأن اليهودي لا يحكم بإسلامه وإن قال : لا إله إلا اللَّه حتى يقر بأن محمدًا رسول اللَّه ، ونقله عنه الرافعي .

قاعـــدة

قال صاحب « التلخيص » : « **كل ما كان[٢] يمتنع من صغار السباع فليس لواحد أن يتعرض لها ، و[٣]من أخذها فهو ضامن حتى يسلمها إلى السلطان أو يردها على صاحبها** »[٤] إلا واحدة ، وهي ضالة الهدي الذي يجدها أيام منى أو قبلها يأخذها ويُعرِّفها أيام منى ، فإذا خاف أن يفوته وقت النحر نحر ، قال [الإمام][٥] [١٣١ن/أ] الشافعي « وأحب إلي بعد تعريفها أن يرفعها[٦] إلى حاكم حتى يأمر بنحرها » ، وفي المسألة قول آخر : أنه لا يأخذها بناء على أنه لا يجوز التعرض[٧] لكبار البهائم في الصحراء ، واعترض الرافعي بأن الاستثناء غير منتظم ، وإن جوزنا الأخذ ؛ [لأن][٨] [الأخذ الممنوع هو الأخذ][٩] للتملك ، وهذا لا يؤخذ للتملك [واللَّه أعلم][١٠] .

---

(١) في (ق) : « برسالته » .
(٢) في (ن) : « كل ما كان من » .
(٣) في (ق) : « أو » .
(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٢) .
(٥) من (ن) .
(٦) في (ق) : « يعرفها » .
(٧) وقعت في (ن) : « التعريف » .
(٨) من (س) .
(٩) من (ق) .
(١٠) من (ن) .

باب الجِعالة

فائدة : ما اشترط فيه أن يكون العوض مجهولًا صفة ، أو قدرًا فيه[١] صور[٢] :

- **منها** : الجعالة تجوز على عمل مجهول[٣] ، وهل تجوز على [عوض مجهول][٤] ؟ وجهان[٥] .

قلت[٦] : أصحهما نعم .

- **ومنها** : مدة عقد الذمة يجوز من غير توقيت ، وهل تجوز مؤقتة ؟ وجهان .

قاعـــدة

« ما يثبت على خلاف الدليل للحاجة قد يتقيد بقدرها ، وقد يصير[٧] **أصلًا مستقلًا »**[٨] ، وبيانه بصور [١١٧ق/ب] :

الأولى : الإجارة جُوِّزت على خلاف الدليل لورودها على المنافع الحادثة بعد الحاجة[٩] ، فلم يتقيد بذلك ، بل صارت أصلًا لعموم البلوى وجوز في هذه ؛ لأنه ما

---

(١) في (ن): «وقد رأيته» .

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص : ٨١) .

(٣) في (ق) : « الجعالة على مجهول وهل تجوز على عوض معلوم » .

(٤) في (ن) و(ك) : « عمل معلوم » ، وفي (ق) : « عوض معلوم » ، والمثبت هو الصواب .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « ومجهول » .

(٦) القائل : هو ابن الملقن .

(٧) وقعت في (ن) : « يغتفر » .

(٨) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص : ٣٤٧) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ٢١٨) .

(٩) في (ك): « المنافع التي لم تحدث بعد للحاجة » .

من صورة إلا وهي حاجة باعتبار أنه لا يمكن تحصيلها بغير إجارة .

وصلاة القصر شرعت للخوف[١] ثم استمرت .

الثانية : الخلع مع الأجنبي ، كان أصل المشروعية مع المرأة على سبيل الرخصة والحاجة لقوله تعالى : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة : ٢٢٩] فجوازه مع الأجنبي خارج عن المورد ، وصار أصلًا مستقلًا كما سيأتي قريبًا فيما إذا قال : أعتق مستولدتك أو أعتق عبدك على ألف .

الثالثة : الجعالة جُوِّزت على خلاف الدليل لثبوت[٢] الجهالات المحققة ، ثم إذا وردت حيث لا يمكن الإجارة فهي جائزة باتفاق أئمة[٣] المذهب بشروطها ، وإن وردت حينئذ يمكن الإجارة، فرجح الإمام والغزالي في « البسيط » المنع ؛ إذ لا حاجة إلى احتمالها .

الرابعة : الفداء كما إذا قال : أعتق مستولدتك على ألف [فعتق نفذ، ولزمه الألف، وكان فداء ، وهذا شائع لتعذر شرائها، فأما إذا قال : أعتق عبدك على ألف][٤] ولم يقل : عني[٥] ، ففعل عُتِق، وفي استحقاقه[٦] الألف وجهان ، أحدهما : لا ؛ لأن العتق وقع عنه ، فكيف يستحق العوض .. والثاني : يستحق كأم الولد ، قال الغزالي : وكان الخلاف يرجع [إلى][٧] أن الفداء هل يجوز مع[٨] إمكان الشراء .

---

(١) وقع في (ق) : « صلاة العصر شرعت للعصر » .

(٢) في (ن): «لصورة»، وفي (ق): «لصون»، والمثبت من (ك).

(٣) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «أنه».

(٤) استدراك من (ك).

(٥) أي : فعتق ونفذ ، ولزمه الألف ؛ وكان فداء وهذا شائع لتعذر شرائها .

(٦) في (ق) : « استحقاقها » .

(٧) من (ك) .

(٨) وقعت في (ن) : « بيع » .

الخامسة : [١٣١ن/ب] المسابقة جوزت على عوض بناء على خلاف الدليل ؛ لتعلم الفروسية، وفي جوازها في الصراع، وجهان .

قلت[١] : أصحهما : المنع .

السادسة : العرايا جوزت على خلاف الدليل لحاجة الفقراء في التَّمر والعنب ، وفي غيرهما قولان .

قلت : أصحهما : لا يجوز .

السابعة : المسابقة جُوِّزت على خلاف الدليل في الكرم والنخل[٢]، وفي غيرهما قولان .

قلت[٣] : أصحهما : المنع .

الثامنة : اللعان ، حيث يمكن إقامة البينة على زناها ، الأصح : أنه لا لعان ؛ لأنه مطلوب[٤] الترك .

وقد بقي من القاعدة مسائل .

الأولى : اختلفوا في ملك الضيْف الأكل ، فقيل : لا[٥] ، بل هو إباحة ، وقيل : تمليك ؛ لأن جواز الأكل بالإذن يقتضي التمليك عرفًا ، وعلى هذا اختلفوا هل له أن يطعم الهر ونحوه، والأصح : المنع ، وإنما جعلنا له الملك بالنسبة إلى أكله ، وذهب الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب إلى جوازه وجواز التصرف بغير [١١٧ق/ب] الأكل ، حكاه عنهما ابن الصباغ في كتاب الظهار .

---

(١) القائل : هو ابن الملقن .

(٢) وقعت في (ن) و(ق) : « والعنب » .

(٣) القائل : هو ابن الملقن .

(٤) في (ن) : « يتطاول » .

(٥) في (ق) : « إلا » .

الثانية : إذا منعنا نظره إلى وجه الأجنبية فيجوز للمعاملة والشهادة ، فهل يتقيد بقدر الحاجة حتى لو حصل الغرض ببعض الوجه وهل ينظر إلى باقيه ؟ ونقل الروياني عن الأكثرين الجواز ، وصحح الماوردي : المنع .

الثالثة : هل للمضطر زيادة الأكل من الميتة عن سد الرمق إلى الشبع ؟ فيه وجهان ، أصحهما : لا [إلا][(١)] أن يخاف تلفًا إن اقتصر .

الرابعة : الضبة من الفضة تتعدى عن محل الكسر[(٢)] .

الخامسة : إذا أقرت بالنكاح واعتبرنا تصديق الولي ، وكان غائبًا سلمناها في الحال للضرورة ، فإن عاد وكذب [حيل][(٣)] بينهما ، وقيل : لا ، وكذا لو قلنا بقبول إقرارها في الغربة[(٤)] دون البلد ، فعادت هل يحال[(٥)] لزوال الضرورة ؟ فعلى الوجهين ، وقال [الإمام][(٦)] : إن جمهور الأصحاب على المنع هنا .

السادسة : إذا أذن لها في السفر هل لها أن تقيم[(٧)] أكثر مما أذن .

السابعة : تزويج المجنون[(٨)] للحاجة لا يزاد على واحدة .

❋ ❋ ❋

(١) سقطت من (ن) .

(٢) في (ق) : « الكثير » .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) في (ن) و(ق) : « القرية » .

(٥) أي : هل يحال بينهما .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ق) : « تقوم » .

(٨) وقعت في (ن) و(ق) : « تجويز المحرر » .

كتاب الفرائض

قاعـــدة

« إذا تعدد الوارث فهل يتعدد[١] الحق المنتقل إليهم عن مورثهم اعتبارًا بهم أو يتحد اعتبارًا به[٢] ، [ثم][٣] إما أن يتوزع عليهم ، وإما أن يسلك سبيلًا آخر »[٤] ، فيه تردد في مسائل :

- **منها** : إذا ورثوا خيار المجلس لم ينقطع خيار بعضهم [١٣٢ن/أ] بمفارقة الآخر على الأصح ، فكل منهم في منزلة[٥] هذا[٦] ، ولو فسخ بعضهم انفسخ[٧] في الكل [على الأصح][٨] ، ولو فسخ بعضهم في نصيبه وأجاز الآخر[٩] في نصيبه ، قال مجلي : « لم يكن لهم ذلك وجهًا واحدًا » ، وفي « الحاوي » وجه .

- **ومنها** : إذا ورثا العبد المبيع فوجدا به عيبًا[١٠] ، فالأصح : لا ينفرد

---

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « يتعلق » .

(٢) وقعت في (ن) : « اعتباراتهم » ؛ وفي (ق) : « اعتبارًا بهم » .

(٣) سقطت من (ن) و(ق) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٦٦/١) .

(٥) في (ن) : « بمنزلة » ، ووقع في (ق) تقديم وتأخير في هذه الكلمات الثلاث .

(٦) أي : كل واحد منهم بمنزلة الآخر .

(٧) أي : انفسخ العقد .

(٨) من (ق) .

(٩) في (ق) : « ولو أجاز في نصيبه » .

(١٠) وقعت في (ن) : « عبدًا » .

أحدهما[١] بالرد ، ولو سلم أحدهما نصف الثمن لم يلزم البائع تسليمه النصف .

- **ومنها** : لو قضى أحد الوارثين حصته من الدَّين المرهون به رهن ، [ففي][٢] انفكاك نصيبه قولان ، ولو مات المديون فقضى بعض الورثة نصيبه ، قال الإمام : « لا يبعد تخريجه على الرهن » .

- **ومنها** : لو أقر بعضهم بالدَّين وأنكر البعض .

- **ومنها** : لو عفا بعضهم عن حد القذف .

فائدة : قال البندنيجي : الحقوق ثلاثة أضرب[٣] :

حق يثبت لجميع الورثة ، وإذا [١١٨ق/أ] عفوا إلا واحدًا ثبت له ، وهو[٤] القذف والشفعة والغنيمة .

قلت : والولاية على اللقيط على الأصح .

- وحق يثبت للجماعة على الاشتراك [ولكلٍّ حصتُهُ][٥]، سواء ترك شركاؤهم[٦] حصتهم[٧] أم لا ، وهو المال .

---

(١) في (ن) : « عنهما » .

(٢) من (ن) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٦٧/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٠٦/٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢٩١/٢) ، « قواعد ابن رجب » (٥١٧/٢) ، « قواعد الزركشي » (٥٧/٢) .

(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « إلا حد » .

(٥) من (ق) .

(٦) وقعت في (ن) و(ق) : « شركته » .

(٧) في (ن) و(ق) : « حصته » .

- وحق يثبت على الاشتراك ويسقط بعفو[١] البعض ، وهو القصاص[٢] .

قاعــدة

«أسباب التوريث أربعة : قرابة ، ونكاح ، وولاء ، وإسلام»[٣] .

وقيل : إن مات ولا وارث له مسلمًا لا يرثه المسلمون بالعصوبة[٤] ، بل ماله يوضع في بيت المال للمصلحة لا إرثًا ، بل هو ملحق بالمال الضائع ؛ لأنه لا يخلو عن ابن عم وإن بعد ، فهو كالضائع ولا يرجى[٥] ظهور مالكه[٦] ، وهذا تعليل فاسد ؛ لأن الميت يجوز أن يكون ولد زنا ، وولد الزنا لا عصبة له .

قلت[٧] : فينبغي زيادة قيد الغالب ليخرج[٨] هذا .

وعلى القولين مسائل :

- **منها** : أنه لا يلزم صرفه إلى المكاتبين إن جعلناه إرثًا[٩] .

- **ومنها** : جواز صرفه إلى القاتل[١٠] ، وفيه وجهان ؛ لأن تهمة[١١] الاستعجال

---

(١) في (ن) : « بغير » .

(٢) وذكر الزركشي والسيوطي حقًّا رابعًا وهو : « ما ثبت لهم على الاشتراك وإذا عفا بعضهم يوفر الحق على الباقين ، وهو حق الشفعة » .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٧٠) .

(٤) وإن تحملوا عنه الدية .

(٥) في (ق) : « لا من جاء » .

(٦) وهذا القول يعزى لابن اللبان ، وأبي حنيفة .

(٧) القائل : هو ابن الملقن .

(٨) في (ن) : « فيخرج » .

(٩) وهذا القول حكاه الرافعي عن المتولي ، ووقع في (ن) : « وارثًا » .

(١٠) في (ن) : « العامل » .

(١١) في (ن) : « بقية » ، وفي (ق) : « تغير » .

لا تتحقق لجواز صرف المال إلى غيره .

- [**ومنها** : جواز صرفه إلى من أوصى له بشيء][١] ، **قلت**[٢] : والصحيح فيه وفي الذي قبله المنع كما ذكره في « الروضة » من زوائده .

- **ومنها** : صحة وصيته[٣] ، وحكى القاضي وجهًا أنها لا تصح أصلًا ؛ تفريعًا على أن المسلمين يرثونه ، فإنه وصية [لوارث][٤] .

- **ومنها** : إذا أوصى بأكثر من الثلث ولا وارث له ، فعلى الوجه الذي ذكره[٥] القاضي : باطلة ، ووراء ذلك وجوه أخر ، أحدها : أنها تصح بجميع المال ؛ لأن المنع لأجل الوارث لحديث سعد[٦] ولا وارث .

وهذا ينزع إلى أنه في بيت المال وضع للمصلحة ، وجزم في « البحر » [١٣٢ن/ب] بوجه ثانٍ ، ورجحه القاضي وغيره : أنه ينفذ الزائد بإجازة الإمام ، إما لقيامه مقام الوارث الخاص ، أو لأنه وضع في بيت المال ، واختار[٧] صاحب « التنبيه » بطلانها فيما زاد على الثلث ولا تفيد إجازة الإمام صحتها ، كولي اليتيم قال الرافعي : « ويجوز على الوجهين تخصيص طائفة من المسلمين [به][٨] ، لأنه استحقاق

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٢) القائل : هو ابن الملقن .

(٣) أي : تصح الوصية ممن لا وارث له من المسلمين .

(٤) من (ك) .

(٥) في (ق) : « قاله » .

(٦) وهو حديث : « الثلث والثلث كثير ..» أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الجنائز- باب رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة- حديث رقم (١٢٩٥)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب الوصية- باب الوصية بالثلث- حديث رقم (١٦٢٨)] .

(٧) في (ن) : « وأجاز » .

(٨) سقطت من (ن) و(ق) .

بصفة وهي أخوة الإسلام، وهو كما لو أوصى بثلثه لقوم مخصوصين لا يجوز استيعابهم، ولذلك يجوز أن يصرف إلى من ولد بعد موته، أو [كان][(١)] كافرًا وأسلم بعد موته أو رقيقًا فعتق ».

قلت[(٢)] : وفي « البحر » أنها[(٣)] [إنما][(٤)] تصرف لمن[(٥)] كان موجودًا عند موته دون من ولد بعده، قال: ويجوز أن يسوي بين الذكر والأنثى، بل [و][(٦)] روعي في ذلك التحريم، ويعتبر بأنه حق اللَّه تعالى.

وفي الأموال اختلفوا في [١١٨ق/ب] أنها تقدم على ثلاثة أقوال[(٧)] :

ثالثها : التساوي، وفرقوا بينهما بسقوط العقوبة التي ليست لآدمي بالشبهة، وأما الماليات ففيها صور:

- **ومنها** : إذا مات وعليه زكاة ودين لآدمي، فأقوال ثالثها: تقسم بينهما[(٨)] .

قلت : وأصحهما: تقدم الزكاة.

- **ومنها** : إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير، ففيه أقوال: ثالثها يتخير، والأصح عند الرافعي: أنه يأكل الميتة.

- **ومنها** : اجتماع الكفارة ودَيْن الآدمي، وفيها الأقوال، ووجه تقديم حق الآدمي أنه إذا اجتمع قصاص وكفر مثلًا، قدم القصاص، ولا يمكن الاستدلال

---

(١) من (ن).

(٢) القائل: هو ابن الملقن.

(٣) في (ق) : « أنه ».

(٤) من (ق).

(٥) في (ن) : « إن ».

(٦) من (ق).

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٧٧)، « قواعد الزركشي » (٢/٦٥-٦٧)، « قواعد ابن عبد السلام» (١/٢٥٦).

(٨) أي: تقسم تركته بين الدين والزكاة.

على[(١)] منع هذا بقوله : « **فدين الله أحق بالقضاء** »[(٢)] ؛ لأنه جاء على مقصودنا ؛ لأن التقدير[(٣)] إذا كان حق الآدمي المبني على الضيق جاز فيه ، فدين الله المبني على التوسع يجوز فيه القضاء بطريق الأولى ، وبه نقول .

واعلم أنهم أوجبوا على الولد الطاعة في الحج[(٤)] فأوجبوا عليه أن يحج عن أبيه ولم يوجبوا أن يوفي دين أبيه ، ومن المسائل المتقدمة الصيد إذا كان صداقًا وطلقها محرمًا ، قبل الدخول فيبني على أن نصف الصداق يعود إليه بنفس[(٥)] الطلاق أو باختيار التملك ، فإن قلنا بنفس[(٦)] الطلاق وهو الصحيح ، ففي عود النصف إليه وجهان أصحهما : نعم ؛ [لأنه ملك قهري كالإرث ، ثم إن غلبنا حق الله تعالى][(٧)] وجب إرساله وعليه قيمه نصفه .

– **ومنها** : [في][(٨)] وجوب الحكم [١٣٣ن/أ] بين أهل الذمة إذا كانوا من أهل ملة واحدة وترافعوا إلينا ، قولان : أصحهما : الوجوب ، وبه قال [الإمام][(٩)] أبو حنيفة ، والقول الآخر : مذهب [الإمام][(٩)] مالك ، ورجحه الشيخ [أبو حامد][(١٠)] ، وابن الصباغ .

---

(١) في (ن) : « بل » .

(٢) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الصوم – باب من مات وعليه صوم – حديث (١٩٥٣)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب الصيام – باب قضاء الصيام عن الميت – حديث (١١٤٨)] .

(٣) في (ن) : « التعفير » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٧٨) ؛ « قواعد الأحكام » للعز بن عبد السلام (١/٢٥٧) .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « بنصف » .

(٦) في (ن) : « بلفظ » .

(٧) من (ق) .

(٨) من (ق) .

(٩) من (ن) .

(١٠) من (ن) .

وفي محل القولين ثلاث طرق أحدها : أن القولين في حقوق العباد وفي حق اللَّه تعالى [يجب][١] قولًا واحدًا لئلا يضيع ، والثاني : أن القولين في [حق][٢] اللَّه تعالى ، أما حق العباد فيجب قطعًا ؛ لأنها مبنية على الضيق[٣] ؛ وأظهرها على ما حكاه الشيخ أبو حامد : [طرد][٤] القولين في النوعين، وإن اختلفت الملة[٥] فالأصح : القطع بالوجوب ، وقيل : بطرد القولين فيه ، وإن كان مع مسلم وجب[٦] [طرد][٧] الحكم قطعًا ؛ إزالة للظلم[٨] عنه .

قاعـــدة

«**فيما يتردد فيه هل هو من تقابل الضدين أو العدم والملكة**» ، وفيه صور[٩] :

- **منها** : الخنثى المشكل[١٠] هل هو غير الرجال والنساء أو هو من أحدهم ؟ [فيه][١١] وجهان مبنيان على أن [١١٩ق/أ] المشكل ، هل هو مشكل في نفس الأمر

(١) من (ق) .
(٢) من (ق) .
(٣) في (ن) : « لأنها منفعة على العتق » .
(٤) من (ق) .
(٥) في (ن) : « وإن اختلف أقله » .
(٦) في (ن) و(ق) : « وثبت » .
(٧) من (ك) .
(٨) في (ن) : « أزال الظلم » .
(٩) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٧) .
(١٠) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٧) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٤٧٣/١) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٣١٤/٢) .
(١١) من (ن).

عند اللَّه تعالى فهو يعلمه مشكلًا كما نعلمه نحن، أو هو في نفس الأمر مبين العين ؟ [والذي][(١)] يدل عليه نص الإمام الشافعي [الثاني][(٢)] .

- **ومنها** : هل من الطلاق ما ليس بسني ولا بدعي [حتى][(٣)] ينبني عليه طلاق [غير][(٤)] الممسوسة[(٥)] ، والحامل ، والصغيرة ، والآيسة ؟ فإن قلنا بأحد الاصطلاحين أن السني ما ليس بمحرم فهذا سني ، وليس إلا سني أو بدعي ، وإن قلنا بأشهر الاصطلاحين : أن السني طلاق المدخول بها [التي][(٦)] ليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة ، والبدعي : طلاق المدخول بها في حيض أو نفاس أو في طُهر جامعها [فيه][(٧)] ، فلنا : ثلاثة أقسام .

قاعـــدة

قال الجرجاني : « **يُورث بالقرابة من الطرفين إلا في أربع مسائل** »[(٨)] :

ابن الأخ[(٩)] يرث العمة ، ولا ترثه العمة .

---

(١) في (ن) : « أنه » .

(٢) سقطت من (ن) .

(٣) من (ن) .

(٤) من (ق) .

(٥) وقعت في (ن) : « المبثوثة » .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) سقطت من (ق) .

(٨) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٦) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٠٧) .
ومعنى هذه القاعدة : أن التوارث بسبب القرابة يقع من الطرفين في النسب إلا في هذه المسائل المستثناة .

(٩) في (ن) : « ابن العم » .

والعم يرث بنت الأخ ولا ترثه هي .

وابن العم يرث بنت العم ، ولا ترثه هي .

والجدة ترث ولد ابنتها ، ولا يرثها هو ، قال[١] : « **ويُورث بالنكاح من الطرفين إلا في المبتوتة في المرض فإنها ترث المُطلِّق في قول ، ولا يرثها هو** » .

قال : « ويورث بالولاء[٢] من طرف واحد ، وقد يتفق من طرفين[٣] » بأن يعتق حربي [عبده الحربي][٤] ثم يقهر سيده على نفسه فيملكه ، فإذا أعتقه ثبت الولاء من الطرفين[٥] [١٣٣ن/ب] .

فائدة : في حقيقة الذمة[٦]: قولهم : خربت ذمة الميت ، أو لا ذمة له ، فهي[٧] : معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام[٨] واللزوم ويشترط فيها[٩] البلوغ[١٠] ، والرشد[١١] وعدم الحجر[١٢] .

---

(١) أي : الجرجاني .

(٢) وقعت في (ن) و(ق) : « بالنكاح » ، والمثبت من (س) .

(٣) في (ن) : « طريقين » .

(٤) تكررت في (ق) .

(٥) في (ن) : « الطريقين » .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٣- ٣٦٤) .

(٧) أي : الذمة ، وفي (ن) و(ق) : « فهو » .

(٨) وقعت في (ن) : « بل الإلزام » .

(٩) أي جعل الشرع الذمة مشروطة بأمور تبنى عليها .

(١٠) فلا ذمة للصغير .

(١١) فمن بلغ سفيهًا فلا ذمة له .

(١٢) قال ابن السبكي : فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أروش الجنايات ، وأجر الإجارات ، وأثمان المعاملات ، ونحو ذلك من التصرفات ، ويقبل =

وأهلية[١] التصرف : قبول يقدره صاحب الشرع في المحل وسببه[٢] : التكليف والرشد .

فائدة : قال المتولي في باب الخيار في تعريف ما يورث وما لا يورث :

« **كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثة[٣] المال** »[٤] واعترضه[٥] في « الروضة » بخروج حد القذف والقصاص والنجاسات المنتفع بها كالكلب والسرجين[٦] .

فائدة : فيما ينتقل من الحقوق إلى الوارث وما لا [ينتقل][٧]: كل ما كان متعلقًا بالمال أو يدفع [به][٧] ضررًا عن الوارث فإنه ينتقل إليه[٨] وما كان متعلقًا بنفس المورِّث وعقله وشهوته لا ينتقل إلى الوارث [١١٩ق/ب] ، والسر في الفرق : أن الورثة يرثون المال، فكذا ما تعلق به تبعًا له ، وكذلك العرض بين الوارث

= التزامه ، فإذا التزم شيئًا مختارًا من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد واحدًا من هذه الشروط لم يقدر الشرع فيه المعنى « الأشباه والنظائر » (١/٣٦٤) .

(١) في (ن) و(ق) : « وأهل » .

(٢) في (ن) : « ومنه » .

(٣) في (ن) : « بوارثه » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٥) ، وانظر : « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٠٥) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٢٩١) ، « القواعد » لابن رجب (٣/٨١- ٨٤) ، « قواعد الزركشي » (٣/٣٢٤) .

(٥) أي : النووي .

(٦) السِّرْجين : الزِّبل ، كلمة أعجمية وأصلها : سركين بالكاف ، فعربت إلى الجيم والقاف ، فيقال : سرقين أيضًا ، وعن الأصمعي : لا أدري كيف أقوله : وإنما أقول : روث ، وإنما كسر أوله لموافقة الأبنية العربية « المصباح المنير » (ص : ١٦٥) .

(٧) من (س) .

(٨) أي : إلى الوارث .

والموروث فيهما مناسبة، وأما عقله[١] وشهوته ونفسه فأمور لا تورث فلا يورث ما يتعلق بها .

فمن الأول[٢] : خيار الشرط ، والمجلس ، والإقالة ، والتصرية ، والرد بالعيب ، والخلف[٣] والشفعة ، وحق القصاص ، وحق الرهن [وقبول الوصية ، وإذا مات واحد من الغانمين انتقل حقه][٤] إلى وارثه ؛ لأنه ثبت له الملك أو حقه ، وإذا مات المحتجر انتقل حقه إلى وارثه ، وحكم الإقالة والتحالف مع الوارث حكمهما مع المورث ، وأما حد القذف ، وقصاص الأطراف ، والجراح ، ومنافع الأعضاء فتنتقل أيضًا إلى الوارث وإن لم تكن مالًا[٥] ؛ لأجل شفاء غليل الوارث بما[٦] دخل على عرضه من قذف مورثه أو الجناية عليه .

وأما قصاص النفس ، فإن قلنا : العلة مع المعلول ، فهو من هذا القبيل يورث ؛ لأنه يثبت[٧] للمجني عليه قبل موته ثم ينتقل عنه ، وإن قلنا سابقة[٨] ، فليس من هذا ؛ لأنه [لا][٩] يثبت للوارث ابتدأ ؛ لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع للوارث إلا عقيب موت[١٠] الموروث .

---

(١) في (ن) : « وعلته » .
(٢) أي : فمن القسم الأول .
(٣) في (ن) و(ق) : « والخلع » .
(٤) من (ق) .
(٥) في (ن) : « إلا » ، وهي ساقطة من (ق) .
(٦) في (ن) و(ق) : « وما » .
(٧) في (ن) : « فيثبت » .
(٨) في (ن) و(ق) : « شائعة » .
(٩) من (س) .
(١٠) في (ن) : « ثبوت » .

ومن [القسم][(١)] الثاني ، وهو ما لا ينتقل إلى الوارث : اللعان .

وكذلك [الفيئة][(٢)] بعد الإيلاء [لا][(٣)] تورث لتعلقه بشهوته ، والعود بعد الظهار ، واختيار أربع من خمس فصاعدًا أسلم عليهن ، ومن ثم لا يجوز التوكيل [ن١٣٤/أ] فيه و [في][(٤)] سائر ما يتعلق بالشهوة .

وكذلك لا ينتقل إلى الوارث قضاؤه على [متبايعين][(٥)] جعلا له الخيار في الإمضاء والفسخ .

وكذلك ما بيده من قضاء ومناصب ، كما لا ينتقل اجتهاده ، وعلمه[(٦)] ، ودينه لا ينتقل شيء منها إلى الوارث ؛ لأنه لم يرد مستنده ، وأصله ، ولو قال لزوجتيه : إحداكما طالق ، [ففي قيام][(٧)] الوارث مقامه في التعيين خلاف ، وههنا مسائل :

- منها : قال المتولي [لو وهب لوالده شيئًا فمات الواهب ، لا ينتقل حق الرجوع به إلى الورثة][(٨)] لأنهم لا يرثون العين فلا يرثون الخيار فيها كما لا يورث النكاح والولاء ، واستدل [السادة][(٩)] الحنفية بهذا على عدم إرث خيار المجلس ، وأجاب الغزالي بأنها[(١٠)] سلطنة لا تثبت إلا للأب على قياس الولايات ؛

---

(١) من (ق) .

(٢) سقطت من (ن) ، ووقعت في (ق) : « العنة » .

(٣) من (ن) .

(٤) من (ق) .

(٥) في (ن) : « نفس من » ، وفي (ق) : « من يعين » .

(٦) في (ن) : « وعمله » .

(٧) في (ق) : « قام » .

(٨) من (ق) .

(٩) من (ن) .

(١٠) في (ق) : « واختار الغزالي أنها » .

[لأنه][1] لا يسقط بقوله[2] [١٢٠ق/أ] : أسقطت ، كولاء التزويج فهو من لوازم الأبوة ، والخيار يقبل السقوط بالإسقاط[3] .

قاعـــدة

« **المعاملة بنقيض المقصود** »[4] .

في صور ، وقد يعبر عن هذا فيقال : ما يثبت الحكم بوجوده[5] إذا[6] أوجده هل يثبت به الحكم ؟.

والأحسن في التعبير عنها أن يقال : ما ربط به الشارع حكمًا فعمد المكلف إلى استعماله لينال ذلك الحكم ، فهل يفوت عليه معاملةً [له][7] بنقيض مقصوده أم لا لوجود الأمر الذي [ربط][8] به الشارع الحكم عليه[9] .

الأولى : ميراث القاتل .

---

(١) سقطت من (ن) .

(٢) في (ق) : « به قوله » .

(٣) في (ق) : « والخيار يسقط بالإسقاط » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٣٩) ، وعبر كل من السيوطي وابن نجيم عن هذه القاعدة بقولهما : « من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه » ، « أشباه السيوطي » (١/ ٣٣٦) ، « أشباه ابن نجيم » (١/١٥٦) ، « قواعد الزركشي » (٣/١٨٣) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ٢١٠) .

(٥) في (ن) : « بوجوب » .

(٦) في (ق) : « إلا أذا » .

(٧) سقطت من (ن) .

(٨) من (ن) .

(٩) وهو ما عبر به ابن السبكي عن هذه القاعدة ، انظر : « الأشباه والنظائر » (١/١٦٨) .

الثانية : طلاق الفارِّ ، وفيه القديم والجديد[١] .

الثالثة : أمسك زوجته للإرث[٢] فماتت ورثها ، وفيه قول[٣] .

الرابعة : تخليل الخمر بلا عين[٤] ، بل بالنقل[٥] ، والأصح : الإباحة فيه .

الخامسة : الوصية للقاتل ، وفيه أقوال ؛ أصحها : صحتها ، [والثالث : صحتها][٦] إن تقدمت الجراحة على الوصية ، وبطلانها إن تأخرت .

السادسة : تزوج المعتدة جاهلًا[٧] بالعدة ، ففي القديم : أنها تحرم عليه أبدًا ، وعلَّله الرافعي بأنه استعجل الحل قبل وقته[٨] ، فعومل بنقيض قصده كالميراث ، وفيه نظر ؛ لأنه لم يعلم بالعدة حتى يقال استعجل الحل ، ولو كان عالمًا لما صح العقد ولا حرمت عليه فأين الاستعجال ؟ ومنهم من أنكر هذا القول[٩] ، فقال : إنما حكاه [الإمام][١٠] الشافعي عن[١١] الغير .

السابعة : إذا هدم المستأجر [الدار المستأجرة هل يثبت [له][١٢] الخيار ؟

---

(١) والجديد : أن الطلاق ينفذ ولا ترثه ؛ لئلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب .

(٢) أي : ليرثها .

(٣) أي : وفيه قول : أنه لا يرثها ، وهو قول حكاه الحناطي ، والقاضي ابن كج .

(٤) أي : بغير طرح عين فيها تجعلها تتخلل .

(٥) أي : بالنقل من الشمس إلى الظل أو بالعكس .

(٦) استدراك من (ك) .

(٧) وقعت في (ن) و(ق) : « هذه » .

(٨) في (ق) : « وبه » .

(٩) أي : القول بأنها تحرم ، وهو قول الشافعي في القديم ، أما الجديد : فإنها لا تحرم .

(١٠) من (ن) .

(١١) في (ق) : « على » .

(١٢) سقطت من (ن) .

الأصح : نعم .

الثامنة : إذا جبَّتْ ذَكَر [١٣٤ن/ب] زوجها فالأصح : الثبوت ، بخلاف تغييب المشتري المبيع قبل القبض حيث لا خيار قطعًا ؛ لأنه قابض لحقه ، بخلاف المستأجر][1] والمرأة في الجَبِّ .

التاسعة : إذا قتلت نفسها[2] قبل الدخول ، هل يستقر صداقها كما لو ماتت ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : استقراره في الحرة دون الأمة ، ولو قتل السيد أمته فلا مهر لها ، وفي الأجنبي خلاف ، والأصح في قتل السيد لها السقوط ، وفيما إذا قتلت الحرة نفسها أو قتل الأمةَ أجنبيٌّ ، أو ماتت : عدمه .

العاشرة : لو قتلت أم الولد سيدها عتقت ، وقد يقال : إنما عتقت بالولد فلم يكن القتل مانعًا .

الحادية عشرة : لو رمى نفسه من شاهق عدوانًا فانكسر فخذه فصلى قاعدًا ، هل يقضي ؟ فيه خلاف .

الثانية عشرة : لو قتل الموصى له الموصي ، فيه خلاف ، والأصح : عدم بطلانها[3] .

الثالثة عشرة : لو قتل ربُّ الدين الموجَّل من عليه الدين حل الأجل .

الرابعة عشرة : لو قتل المدبر سيده ، إن جعلنا التدبير وصيته فعلى الخلاف ، وإن جعلناه عتقًا فكالمستولدة .

الخامسة عشرة : لو باع الماشية قبل الحول فرارًا من الزكاة كره ، وقيل : يحرم

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٢) في (ق) : « نفسا » .

(٣) أي : الوصية .

ولا يجب ولا يلزم الإيجاب في مال لم يحل عليه الحول، أو [في][١] ما حال عليه الحول لا في ملكه ولم [١٢٠ق/ب] يبطل البيع ولم يطردوا الخلاف فيه، وكذلك فيما [لو أفطر][٢] ليجامع لا كفارة عليه قطعًا لما لا يخفى، وفرق النووي في «رؤوس المسائل» بين مسألة الزكاة والطلاق في المرض بأن الحق في الإرث لمعين فاحتيط له، بخلاف الزكاة، ونقض[٣] بأن مستحق الزكاة قد ينحصرون فيتعينون، [ورد][٤] [النقض][٥] بأن انحصارهم عارض والأصل عدمه؛ لأن الزكاة مبنية على الرفق والمواساة.

السادسة عشرة: إذا كان الزوج يكره [صحبة][٦] زوجته فأساء العشرة[٧] ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت بالخلع، فإنه نافذ.

وفيه وجه إن منعها حقها[٨] كالمكره على الاختلاع بالضرب، ونحوه وهي، إذا أكرهها وألجأها حتى فدت نفسها منه بغير حق، كان الخلع باطلًا صرح به في «البحر»، وحكى عن أبي حامد أنه ألحق به [ما إذا منعها حقها من النفقة ونحوها؛ ليخالعها][٩] وهكذا ذكر في «الحاوي» من غير خلاف.

السابعة عشرة: لو نفى ولدًا باللعان، فلما مات استلحقه: ورث [١٣٥ن/أ].

---

(١) من (س).
(٢) من (ك).
(٣) أي: ونقض هذا الفرق.
(٤) من (ق).
(٥) من (س).
(٦) من (ق).
(٧) وقعت في (ن) و(ق): «عليها».
(٨) في (ق): «حقه».
(٩) ما بين المعقوفتين سقط من (ن).

ومقتضى ما سلف في طلاق الفار عدمه[١]، لكن لما كان العاقل[٢] لا يقدم[٣] على [لزوم][٤] الجور على نفسه لا يلحق به غير[٥] ولده طمعًا في المال لم يعارضه بنقيض قصده لاقترانه بهذا الظاهر .

الثامنة عشرة : شربت دواء للحيض[٦] فحاضت هل يسقط قضاء الصلاة ؟

التاسعة عشرة : إذا دخل المسجد [في][٧] وقت الكراهة ليصلي التحية، الأصح[٨] : الكراهة جريًا[٩] على هذه القاعدة ، وينبغي أن يقال : المكروه الدخول والتأخير لأجل ذلك[١٠] .

فائدة : قال الطحاوي[١١] في كتابه « مشكل الآثار » : « المكاتب إذا كانت له

---

(١) أي : أنه لا يرث .

(٢) وقعت في (ن) : « العاقد » .

(٣) في (ق) : « يقدر » .

(٤) من (ق) .

(٥) في (ن) و(ق) : « عن » .

(٦) في (ن) : « شربت دم الحيض » .

(٧) من (ق) .

(٨) صححه الرافعي والنووي .

(٩) في (ن) و(ق) : « جزمًا » .

(١٠) قال السبكي : « فإن دخل أو أخر فلا يحكم على الصلاة حينئذ بالكراهة .. قال ابن السبكي : وما قاله هو الراجح ، وليس لما صحح الرافعي والنووي وجه إلا أن يكونا عاملاه بنقيض مقصوده حيث ارتكب المنهي ودخل ليصلي » « الأشباه والنظائر » (١٦٩/١) .

(١١) هو أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي ، أبو جعفر ، الطحاوي ، الفقيه الحنفي ، ولد بمصر سنة (٢٢٩هـ) ، وعمت مصنفاته بشهرتها الآفاق من حسنها وتحقيقها ، ورزقه الله قبولًا فيها ، منها : « أحكام القرآن » ، « اختلاف العلماء » ، « بيان السنة والجماعة في العقائد » ، « معاني الآثار » ، « نوادر الفقه » ، توفي سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة (٣٢١هـ) ، راجع ترجمته في : « الجواهر المضية » (٢٧١/١)، « هدية العارفين » (٥١/١) .

قدرة على الأداء فتأخر ليتسع[١] له[٢] النظر إلى سيدته بملكها إياه حرام عليه ؛ لأنه منع واجبًا عليه ليبقى له ما يحرم عليه إذا أداه » ، وهو حسن ظاهر[٣] ، وبنى عليه[٤] أن الأمة المكاتبة[٥] إذا قدرت على الأداء فعليها أن تصلي بقناع وأن تعتد عدة الحرة ، ولا تسافر إلا مع المحرم[٦] والمكاتب لا زكاة عليه ، فإذا أخر الأداء مع القدرة كان حرامًا [عليه][٧] ، وما ذكره حسن[٨] إلا في العدة[٩] والقناع ، فإن فيه تغيير[١٠] الحكم الشرعي[١١] ، وأما النظر فظاهر لقربه منه[١٢] ، فإن المشرف على الزوال كالزائل كما ستعلمه ، [والله أعلم][١٣] .

* * *

(١) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « يستبيح » .

(٢) في (ن) : « في » .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ١٧٠) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/ ٣٣٦) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/ ١٥٦) .

(٤) أي الإمام أبو جعفر الطحاوي .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « الكتابية » .

(٦) في (ن) : « الحرة » .

(٧) من (ن) .

(٨) في (ق) : « جيدًا » .

(٩) في (ن) و(ق) : « العقد » .

(١٠) في (ن) : « تعبير » .

(١١) يعني : أن تغيير الأحكام من إيجاب القناع على الأمة واعتدادها اعتداد الحرة يعتبر حكم الشرع . وهو توجيه تقي الدين السبكي نقله ولده في « الأشباه والنظائر » (١/ ١٧٠) .

(١٢) أي فتحريمه ظاهر ؛ لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه .

(١٣) من (ن) .

كتاب الوصايا

فائدة : تصرفات الصبي المميز فيما لا ضرر عليه فيه خلاف في صور[١] :

- **منها** : وصيته فيها[٢] قولان .

[- ومنها : تدبيره ، وفيه قولان][٣] .

- **ومنها** : أمانه[٤] وفيه طريقان ، المشهور : أنه لا يصح ، وحكى الفوراني أنه كتدبيره ، ووصيته ، واستبعد بأن الوصية والتدبير له فيهما منفعة ، بخلاف الأمان [١٢١ق/أ] ، وإسلامه الأظهر : المنع[٥] .

فائدة : الوطء يقوم مقام اللفظ في صور[٦] :

- **ومنها** : وطئ الموصي ، وفيه تفصيل ، فإذا وطئ الموصى بها[٧] [فإن اتصل

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٤٩) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/ ٤٤٠- ٤٤١) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/ ٣٠٠- ٣٠١) .

(٢) في (ق) : « فيه » .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٤) وقعت في (ن) : « إمامته » .

(٥) والمقصود بـ : وإسلامه ، أن إسلام الصبي المميز استقلالًا في صحته وجهان ، والمرجح منهما البطلان . قال السيوطي : « والمختار عند البلقيني : الصحة ، وهو الذي أعتقده ، ثم رأيت السبكي مال إليه فقال في كتابه « إبراز الحكم » : استدل من قال ببطلانه بالحديث بمثل ما احتج به لبطلان بيعه ، ووجه الدلالة في البيع : أنه لو صح لاستلزم المؤاخذة بالتسليم ، والمطالبة بالعهدة ، والحديث دل على عدم المؤاخذة .. قال : وهذا استدلال ضعيف ؛ لأنه يكفي في ترتيب أحكامه ظهور أثرها بعد البلوغ .. » « الأشباه والنظائر » (١/ ٤٤٢) .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٥٣) ، « قواعد الزركشي » (٣/ ٣٣٣) .

(٧) في (ن) و(ق) : « به » .

به][1] إحبال[2] كان رجوعًا ، وإن عزل فلا ، وإن أنزل ولم يحبل فكذلك[3] في الأصح، خلافًا لابن الحداد .

- **ومنها** : وطئ البائع في مدة خيار البيع[4] فسخ .

- **ومنها** : إذا أعتق إحدى أمتيه هل يكون وطء إحداهما تعيينًا ؟ فيه وجهان ، والأصح عند الرافعي، والنووي، والمتولي، وابن الصباغ : المنع[5] ، ولما أطلق الأكثرون أنه يمنع من وطئها أشعر ذلك بأنه ليس بتعيين، وذلك هو الحامل [١٣٥ن/ب] لابن الصباغ على قوله : إنه ظاهر المذهب .

لكن قال الماوردي : « [ظاهر][6] المذهب مقابله[7] ، وبه قال الأكثرون كما أن وطء البائع فسخ » ، والأولون فرقوا بأن ملك النكاح لا يحصل ابتداء بالفعل ، فلا يتدارك بالفعل ، ولذلك لم تحصل الرجعة بالوطء بخلاف وطء البائع ، فإن ملك اليمين يحصل بالفعل ابتداء، كما في الاحتطاب والاحتشاش ، فجاز أن يتدارك بالفعل .

ولو قال : إحداكما طالق ونوى واحدة منهما ثم طولب بالبيان ، فإن وطئ واحدة منهما لم يكن تعيينًا للطلاق في الأخرى قطعًا ؛ لأنه خبر فلا يكون بالفعل .

- **ومنها** : لا تصح الرجعة بالوطء على المشهور، وفيه وجه كمذهب

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ن) : «احتال» .

(٣) أي : ليس برجوع .

(٤) في (ن) و(ق) : « البائع » .

(٥) أي : أنه ليس بتعيين .

(٦) من (ن) .

(٧) أي : أنه تعيين .

[الإمام][1] أبي حنيفة[2] مطرد في الوطء والتقبيل[3] واللمس بالشهوة ، والفرق على المشهور بينه وبين وطء البائع في مدة الخيار من وجهين .

الأول : أن ملك اليمين يحصل بالفعل في الجملة كالاحتطاب بخلاف النكاح ، والثاني : للقاضي حسين : أن الوطء يوجب العدة فيستحيل أن يكون قاطعًا لها : لأن القطع ضد الوجوب ، والشيء الواحد لا يوجب ضدين ، والوطء بملك اليمين لا يثبت الخيار ، فجاز أن يكون قاطعًا له .

- **ومنها** : إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة فهل يكون وطء إحداهن تعيينًا ؟ فيه وجهان ؛ أصحهما : لا .

- **ومنها** : لو أفلس مشتري الجارية فوطئها البائع، لا يكون رجوعًا على الأصح .

- **ومنها** : لو وجد البائع عيبًا في الثمن فهل يكون وطء الجارية فسخًا ؟ فيه وجهان .

- **ومنها** : وطء المشتري [١٢١ق/ب] في مدة الخيار ، هل يكون إمضاءً [أو رجوعًا][4] ؟ فيه وجهان ، أصحهما : نعم[5] .

- **ومنها** : وطء الوالد جارية وهبها لولده[6] [هل][7] يكون رجوعًا ؟ فيه

---

(١) من (ن) .

(٢) حكى هذا الوجه صاحب الذخائر عن الشاشي عن ابن سريج .

(٣) في (ن) و(ق): « بالتقبيل» .

(٤) من (ن) .

(٥) أي : يكون إمضاء للعقد والشراء .

(٦) في (ق) هنا تقديم وتأخير، وفي (ن): « ههنا الولد» .

(٧) من (ق) .

وجهان ، أصحهما : لا ، قال النووي : وهو حرام قطعًا ، وفيه نظر ، فإن عبرت بما هو أعم من ذلك ، وهو أن الفعل يقوم مقام القول دخل فيه مسائل :

- **منها** : تقديم الطعام إلى الضيف وحِل الأكل بالتقديم(١) .

- **ومنها** : إذا نحر الهدي وغمس نعله في دمه وضرب صفحة سنامه هل يجوز للمار الأكل بمجرد هذا الفعل ؟ فيه قولان : أصحهما عند البغوي الجواز .

- **ومنها** : المعاطاة في المحقرات [١٣٦ن/أ] ومشهور المذهب: عدم صحتها ، وذهب جماعة إلى صحتها ، وآخرون [إلى](٢) [أن](٣) ما عده الناس بيعًا فهو بيع .

- **ومنها** : لو تضرع من عليه القصاص ليؤخذ(٤) منه الفداء ، وأخذه المستحق من غير تلفظ بالعفو ، فهل يكون ذلك عفوًا ؟ فيه خلاف، والصحيح: أنه يقوم مقامه .

- **ومنها** : إذا استحق القصاص في اليمين فأخرج الجاني يساره مع علمه أن اليسار لا تجزئ عن اليمين ، بل قصد الإباحة(٥) ، ولم يتلفظ فقطعها(٦) لمستحق اليمين لم يجب عليه القصاص فيها ولا الدية ، نص عليه وتابعوه(٧) .

وفي وجه(٨) : يجب الضمان إذا لم يأذن المخرج لفظًا ، واستدل الجمهور بأن الفعل يقوم مقام اللفظ واستشهدوا بجواز الأكل بتقديم(٩) الطعام ، واعترض عليه

---

(١) في (ن) : « في التقديم » .
(٢) من (ن) .
(٣) من (ق) .
(٤) في (ن) و(ق) : « فيؤخذ » .
(٥) في (ن) : « المباحة » .
(٦) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «بقطعها».
(٧) أي : نص عليه الشافعي وتابعه الأصحاب .
(٨) حكاه القاضي ابن كج عن أبي الحسين بن القطان .
(٩) كذا في (ك) ، وفي (ن) : « واستشهد بالأجل لعدم » ، وفي (ق) : « واستشهد بالأكل لعدم » .

الرافعي بأن قال : هناك قرينة عرفية تقتضي الإذن ، ولا كذلك هنا ، قال : وإنما يقام الفعل [مقام القول][(١)] حيث كانت القرينة ، ولو قال الجاني : جعلتها عن[(٢)] اليمين ، وظننت أنها تجزئ عنها وكذبه ، فالأصح : وجوب الدية ، وكذا لو قال : دهشت[(٣)] .

قاعـــدة

« كل إيجاب[(٤)] يفتقر إلى القبول لا[(٥)] [يجوز وقوع القبول فيه بعد الموت ، قال الجرجاني : إلا الوصية][(٦)] ، وكل من ثبت له القبول بطل بموته إلا الموصى له[(٧)] ، فإنه إذا مات [قبل القبول][(٨)] قام وارثه مقامه »[(٩)] .

قاعـــدة

« إعمال الكلام أولى من إهماله »[(١٠)] .

---

(١) من (ن) .
(٢) في (ن) و(ق) : « أجعلها في » .
(٣) في (ن) : « وهبت » .
(٤) في (ن) : « إيجاز » .
(٥) في (ن) : « أولا » ، وهي ساقطة من (ق) .
(٦) من (س) .
(٧) في (ن) و(ق) : «إلا الوصية» .
(٨) من (ن) .
(٩) « الأشباه » لابن السبكي (٣٦٢/١) .
(١٠) راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٧١/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢٩٣/١) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١٣٥/١) ، « قواعد الزركشي » (١٨٣/١) ، « شرح القواعد الفقهية » للزرقا (رقم : ٥٩) ، « القواعد الفقهية » لعلي الندوي (ص : ٣٩٣) ، وفيه عن معنى هذه القاعدة : =

ومحلها إذا تردد اللفظ على السواء أو لا ، ولكنه راجع إلى [موضوع اللفظ مع احتمال قريب[١] ، دون ما إذا لم يكن للفظ إلا][٢] موضوع واحد أو احتمال لا يحتمله إلا بتكلف[٣] .

واستشهد المتولي لهذه القاعدة في كتاب البيع في مسألة : وهبتك بألف بقول [الإمام][٤] الشافعي فيمن أوصى بطبل وله طبل حرب ولهو[٥] : [أنه][٦] يحمل على الحرب لتصح الوصية، وتبعه الروياني في هذا الاستشهاد ، وحكى الإمام في كتاب الطلاق ما حكاه[٧] في « المطلب » عن[٨] الكلام في[٩] الوصية للدابة[١٠] ، فيما إذا تردد [١٢٢ق/أ] اللفظ على وجه يحتمل الاستحالة ، ويحتمل الإمكان أن من الأصحاب من لا يبعد الحمل على الاستحالة ، ومنهم من يوجب الحمل على

= « يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ، ومآل هذه القاعدة : أن العاقل يصان كلامه عن الإلغاء ما أمكن بأن ينظر إلى الوجه المقتضى لتصحيح كلامه ، فيرجح ، سواء كان بالحمل على المجاز أو بغيره إلا عند عدم الإمكان فيلغى ويهمل ..» .

(١) في (ن) : « قرينة » .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٣) فالمصير إلى هذا الاحتمال بعيد ، والوقوف عند موضوع اللفظ واجب ، وإن كان مستحيلاً إذا لم يدل دليل على ذلك المحتمل البعيد .

(٤) من (ن) .

(٥) أي : له طبل حرب ، وطبل لهو .

(٦) من (ن) .

(٧) أي : ما حكاه ابن الرفعة في « المطلب » عن إمام الحرمين .

(٨) في (ق) : « على » .

(٩) في (ق) : « على » .

(١٠) في (ن) و(ق) : « بالدابة » .

الإمكان ؛ حتى لا يلغى اللفظ ، قال : ومن هذا : ما إذا قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق كما ستعلمه .

وهذه صور بعضها [جزم فيه بالإعمال للقرينة، وبعضها][(١)] جزم فيه[(٢)] بالإهمال لبعد[(٣)] الإعمال ، وبعضها [١٣٦ن/ب] يتردد لتردد النظر [والأولى][(٤)] إذا أوصى[(٥)] بعود من عيدانه وله عيدان لهو غير صالحة لمباح[(٦)] ، وعيدان قسي وبناء ، فالأصح بطلان[(٧)] الوصية ؛ تنزيلًا على عيدان اللهو ؛ لأن اسم العود عند الإطلاق له واستعماله في غيره مرجوح ، وليس كالطبل لوقوعه على الجميع وقوعًا واحدًا .

[**الثانية** : قال][(٨)] : زوَّجتُكَ فاطمة ، ولم يقل بنتي لم يصح على الأصح لكثرة الفواطم .

[الثالثة][(٩)] : قال : طلقتُ زينب ، ولم يقل زوجتي طُلقت على المذهب ، فليفرق بينها وبين ما قبلها .

الرابعة : إذا قال مشيرًا لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق ، ثم قال : أردت الأجنبية صُدق عند الأكثرين[(١٠)] .

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن)، وفي (ق): «في الإعمال» .

(٢) في (ق): «فيها» .

(٣) في (ن) : « لفقد » .

(٤) من (ن) .

(٥) في (ق) : « إذا الموصي » .

(٦) في (ن) : « غير مباحة » .

(٧) في (ن) و(ق) : « مطلق » .

(٨) ما بين المعقوفتين بياض في (ق) .

(٩) ما بين المعقوفتين بياض في (ق) .

(١٠) وذهب بعضهم إلى أنه لا يصدق ويقع الطلاق على امرأته قياسًا على مسألة طبل الحرب وطبل اللهو .

الخامسة : اشترى الوكيل ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها، وقع له دون الموكِّل، بخلاف وكيل الزوجة في الخلع إذا خالع ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها أنه يقع[١] عنها، وقد يفرق بين [البابين][٢] كما قال الرافعي بأن الأصل وقوع العقد لمن تحصل له فائدته، ومنفعته، والشراء تحصل فائدته لكل من يقع الشراء له، ومباشرة العقد أولى لحصول منفعة العقد له من غيره[٣]، وفي الاختلاع تعود[٤] الفائدة والمنفعة إلى الزوجة وغيرها ببذل المال على سبيل الفداء، فكان صرف العقد إليها إذا أمكن أولى من صرفه إلى غيرها.

ولا يخفى أن محل ذلك في غير السفيه، أما هو إذا وكلته لتختلع من زوجها فخالع وأضاف [الخلع][٥] [إليها][٦]، فإنه يصح كما قاله المتولي؛ إذ لا ضرر في ذلك عليه ونظير ذلك: إذا وكل أحد الشريكين[٧] صاحبه في عتق نصيبه، فقال: أعتقت نصفك[٨]، وأطلق، فهل يتعين فيما هو ملكه، أو فيما هو وكيل [فيه][٩]؟ وجهان، قال[١٠] في [« الروضة »]: لعل أقواهما الأول.

فلو كان لا يمكن وقوع الفعل عن المباشر، كالوكيل في الطلاق لم ينوه عن

---

(١) في (ن) : « لا يقع »، وفي (ق) : « حيث لا يقع ».
(٢) من (ن).
(٣) في (ن) و(ق) : « وغيره ».
(٤) في (ق) : « بعني ».
(٥) من (ق).
(٦) من (ن).
(٧) أي : أحد الشريكين في الرقيق.
(٨) وقعت في (ن) و(ق) : « نصيبك ».
(٩) سقطت من (ن) و(ق).
(١٠) أي : النووي.

الوكيل[١] فوجهان في][٢] الرافعي في فصل الكناية[٣]، وفي أثناء فروع الطلاق وقال: «الأقرب أنه لا يحتاج».

فلو نواه عن نفسه فيحتمل عدم الوقوع، ويؤيده ما [١٢٢ق/ب] نقله الرافعي قبل باب الديات عن «فتاوى البغوي»، أن الوكيل باستيفاء القصاص [إذا قال: قبلته[٤] عن جهة الموكل[٥] يلزمه [١٣٧ن/أ] القصاص][٦]، ويخالف القصاص فإنه يكفي على كل حال سواء كان عن غيره ثم لاعن[٧] بخلاف الطلاق، ويحتمل عدمه لمخالفة الظاهر، فإنه يكفي إذا قال عن نفسه، لاسيما على قول من لا يوقف العقود وهو الصحيح، ويحتمل أن يفصل، فيقال: إن كانت قرينة على نية التصرف تباعد دعواه كما لو أكره على طلاق[٨] من [هو][٩] وكيل في طلاقها فطلق، وقال: إنما نويت عن نفسي، والخلاص عن غائلة الإكراه فيسمع منه، ويدل [على ذلك][١٠]

---

(١) أي: إذا دار التصرف بين الإعمال والإهمال فلم يمكن وقوعه عن المباشر كالطلاق يكون الرجل وكيلًا فيه عن الزوج، فيطلق ولا ينوي الطلاق وأنه عن الموكِّل، ففي الوقوع وجهان.

(٢) ما بين المعقوفتين من (ن).

(٣) في (ن): «في تحصيل الكتابة».

(٤) في (ن): «قتلته».

(٥) في (ن): «لا عن جهة الوكيل».

(٦) بين المعقوفتين ساقط من (ق) والمثبت من (س).

(٧) هذه العبارة كذا في (ن) و(ق) وهي غير مفهومة وفي (س): «وليس كمسألة القصاص، فإن قول الإنسان على نفسه مقبول وما فعله من القتل معتبر على كلا التقديرين، فإنه إن كان عن الوكالة كان استيفاء معتبرًا وإلا كان فعلًا موجبًا للقود فلم يكن ملغي ..» .اهـ.

(٨) في (ن) و(ق): «الطلاق».

(٩) سقطت من (ق).

(١٠) من (س).

احتمالا[١] أبي العباس الروياني في الوكيل بالطلاق يكره عليه، هل يقع لحصول اختيار المالك أو لا يقع لأنه المباشر؟ قال أبو العباس: وهو أصح؛ وقد يقال: ينبغي أن يكون محلها عند الإطلاق والجزم بالوقوع إذا نواه عن نفسه، فإن نواه عن الموكل فينبغي جريان الخلاف فيه، كما إذا نواه؛ لأن النية دفعت الإكراه، فلو دار اللفظ بين إعماله مطلقًا وإلغائه[٢] لا مطلقًا بل بالنسبة إلى البعض[٣] كأحد الشريكين في العبد المشترك [يقول: أعتقت نصف هذا العبد، وليس هو بوكيل لصاحبه، فهذا تصرف دار بين أن يحمل على نصيبه، فيعمل بتمامه أو على الإشاعة فيبطل في حصة شريكه ويصح في حصته، فلا يعتق إلا ربع الأصل، وفي المسألة][٤]، وجهان أصحهما: الثاني عملًا بإطلاق اللفظ، وعزاه في «الروضة»، قبيل باب المتعة إلى[٥] الأكثرين، وقد يستشهد له بقول الأصحاب في باب المساقاة في حديقة بين اثنين مناصفة ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمار أنه يصح، وإن شرط [له][٦] ثلثها أو نصفها فلا [يصح][٧]؛ لأنه لم يثبت له عوضًا بالمساقاة؛ فإنه يستحق[٨] النصف بالملك.

---

(١) في (ن) و(ق): «احتمال».
(٢) في (ق): «إمكانه».
(٣) في (ن): «القبض».
(٤) ما بين المعقوفتين استدراك من (س)، وفي (ق): «يعتق نصفه يعتق وكالة على نصيبه أو مشاعًا فيتعين معه مشاعًا».
(٥) في (ن): «عن».
(٦) سقطت من (ن).
(٧) من (س).
(٨) في (ن): «يصح».

فــرع

إذا تعذر [إعمال][1] لفظ دار الأمر فيه بين إلغائه وحمله على معنى صحيح، فحمله على الثاني[2] أولى لما علمت[3].

❋ ❋ ❋

(١) من (ق).

(٢) أي : فحمله على المعنى الصحيح أولى.

(٣) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١٧٤/١)، وبنى ابن السبكي على هذا الأصل قاعدة أطلق عليها : «هل الاعتبار بألفاظ العقود أو بمعانيها ؟».

كتاب الوديعة

فائدة : الأمانات الشرعية فيها[١] صور[٢] :

- **منها** : لو أخذ الوديعة من صبي لخوف أن يهلكها ، فوجهان .

- **ومنها** : لو طيرت الريح ثوبًا إلى داره .

- **ومنها** : لعب الجوز ، قال القاضي في « فتاويه » هو قمار غير أنه لا يُخرَّجُ لعدم التكليف [وما تلف في يد الصبي من جَوْز صاحبه مضمون عليه بالقيمة][٣] ، وما تلف في يد بالغ يضمنه[٤] ، ولا يضمنه[٥] لبالغ ، لتسليط البالغ وما حصل في يد صبي من جوز صبي يعلم به وليه ، ولم ينتزعه[٦] ضمنه[٧] في مال نفسه ، ولو علمت به أمه فلا [١٣٧ن/ب] ضمان عليه ؛ لأنها ليست بقيِّمةٍ على الولد ، فلو أخذت الأم بنية الرد على المالك فوجهان .

- [**ومنها** : [١٢٣ق/ب] لو أخذ الأجنبي من الغاصب ليرد على المالك فقولان][٨] .

- **ومنها** : لو خلص طيرًا من جارحة ليحفظه فوجهان .

---

(١) في (ن) : « فيه » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٠٦) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٢٤) .

(٣) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٤) أي : وما تلف من الجوز في يد بالغ يضمنه البالغ .

(٥) أي : الصبي .

(٦) وقعت في (ن) : « وينفر عنه » ، وفي (ق) : « ولم ينفر عنه » ، والمثبت من (ك) .

(٧) أي : الولي .

(٨) تكرر ما بين المعقوفتين في (ق) .

– **ومنها**[١] : قال العبادي : رأيت في تعليق القاضي[٢] : أن البهيمة إذا دخلت ملك الغير ونفَّرها مالك الأرض من ملكه فتلفت، لم يضمن، فإن نفرها على سهم ضمن، فإن قلت : هذا إذا دخلت البهيمة ملك الغير فتلف[٣] ملكه فيدفعها، أما إذا دخلت وهي لا تتلف شيئًا إلا بشغل المكان[٤] [القياس][٥] أنه يضمن كما لو هبت الريح فألقت ثوبًا في حجره، أو حط السيْل حجرًا في ملكه للغير لا يجوز إخراجه، وتضييعه، بل يدفعه إلى المالك.

– **ومنها** : لو ظفر بغير جنس حقه، وقلنا : يبيع ويستوفي حقه، فإذا تلف قبل بيعه فهو من ضمانه، بخلاف ما إذا أسلم إليه ثوبًا وقال : بع هذا، واستوف حقك من ثمنه، فإنه لو تلف لم يكن من ضمانه، لأنه ائتمنه، فإذا أخذ أكثر من حقه ضمن[٦] ؛ لأنه متعد به، إلا إذا لم يقدر عليه كما إذا [كان][٧] استحق خمسين فوجد شيئًا يساوي مائة فله أخذه، والزيادة هل تدخل في ضمانه؟ على وجهين أحدهما : نعم، كالأصل والثاني : [لا][٨] لأنه لم[٩] يأخذ حق نفسه وكان معذورًا في أخذه، و[قد][١٠] قال القاضي: لو كان لا يتوصل إلى أخذ حقه إلا بنقب جدار، فله ذلك، ولم يغرم الأَرْش.

---

(١) في (ق) : « قاعدة » .

(٢) وقعت في (ن) و(ق) : « العبادي » ، وهو خطأ، والمثبت من (ك)، والمراد بالقاضي : أي القاضي حسين .

(٣) في (ن) : « فتلفت » .

(٤) أي : فأخرجها فهلكت .

(٥) من (ق) .

(٦) أي : ضمن الزائد .

(٧) من (ن) .

(٨) سقطت من (ن) .

(٩) في (ن) : « لا » .

(١٠) من (ق) .

- **ومنها** : لو خلَّص المحرِمُ الصيد من الجارح وأراد مداواته فهلك في يده، فلا ضمان على الأظهر.

قاعـــدة

« اختلف أصحابنا في أن الوديعة عقد أو إذن مجرد »[١].

قال الإمام: ليس له فائدة حكمية، ورد ابن الرفعة [بأن] الإمام نفسه ذكر فائدتين في باب الزيادة في الرهن، الفائدة الأولى: في كون ولد الوديعة وديعة وجهان، قال الإمام: ينبنيان على هذا[٢].

فمن الثانية: لو أودع وشرط شرطًا فاسدًا، قال الإمام: فمن جعلها عقدًا أفسدها ولا بد من ائتمان جديد، وإلا [كان][٣] كما لو طيرت[٤] الريح ثوبًا في داره، فإن لم نجعلها عقدًا [ألغي][٥] الشرط الفاسد، وأبقي موجب الإيداع.

الثالثة : في انعزال المودَع [١٣٨ن/أ] بعزله نفسه في غيبه المودع وجهان إن قلنا: إنها[٦] عقد ينعزل[٧] وتبقى أمانة وإلا فلا ينعزل؛ لأن ابتداءه بالفعل وكذا رفعه.

الرابعة : إذا أكره صاحب المال شخصًا على قبول [١٢٣ق/ب] الوديعة، فإن قلنا « عقد » لم يثبت حكم الإيداع، وإلا[٨] يثبت حكمها، وهو المروي عن [ابن][٩] أبي هريرة.

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٠).
(٢) وقعت في (ن): « يلتقيان في هذا »، وفي (ق): « يلتقيان ».
(٣) من (س).
(٤) في (ن): « طير ».
(٥) من (س).
(٦) أي: الوديعة.
(٧) في (ق): « انعزل ».
(٨) أي: وإن قلنا: إنها إذن مجرد ثبت حكمها.
(٩) سقطت من (ق).

الخامسة : لو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك هذا ، فالخلاف في تعليق الوكالة[١] ، قاله الروياني في « الحلية » ، قال[٢] في « المطلب » : ولعله فرَّعه على أن الوديعة ليست بعقد ، وقال في « الكفاية » نقلًا عن الروياني إذا قال : أودعتك هذا بعد شهر [صح][٣] ، صرح به في « البحر » ، و« حليته » .

قلت : الذي فيهما[٤] هو تعبير الروياني ، وبينهما فرق بأن الأولى نص في التعليق بخلاف الثاني[٥] ، فإنه يشبه تنجيز العقد ، وتعليق التصرف .

قاعــدة

« كل أمين فالقول قوله في الرد على من ائتمن »[٦] .

ومن ثم صدق المودع والوكيل بغير جعل إلى غير ذلك ، وكذا الوكيل بجعل ، وعامل القراض على الأصح ، وخرج بمن ائتمنه غيره[٧] كما إذا ادعى قَيِّمُ اليتيم أو الموصي دفع المال إليه بعد البلوغ ، أو ادعى الوكيل الرد على رسول المالك ، فلا يقبل على الصحيح ، ولا تقبل دعوى مَنْ طيرت الريح ثوبًا إلى داره ، و[الملتقط][٨] الرد على المالك ، ولا دعوى المودع [الرد][٩] على وارث المودع .

---

(١) أي : فالقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة .
(٢) يعني : ابن الرفعة .
(٣) سقطت من (ن) .
(٤) أي : في المطلب ، والكفاية .
(٥) أي : بخلاف قوله : « أودعتك بعد شهر » .
(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٦١/١) ، « قواعد الزركشي » (١١١/٣) .
(٧) فيخرج به دعواه الرد على من لم يأتمنه فلا يقبل .
(٨) من (س) .
(٩) من (ق) .

ويستثنى من القاعدة : المستأجر والمرتهن ؛ فالأصح أنه لا تقبل دعواهما الرد ؛ لأنهما قبضا المنفعة [لمصلحة][1] أنفسهما فأشبها المستعير ، والحاصل أنه [إن][2] قبض لمصلحة المقبوض منه تقبل دعواه[3] جزمًا ، وهو أمين كالوكيل بلا جعل ، [وإن قبض لمصلحة نفسه فلا تقبل دعواه الرد جزمًا ، وهو ضامن][4] ، وإن قبض لمصلحة المقبوض منه ومصلحة نفسه ، ففيه تردد والترجيح يختلف .

قاعـــدة

« **كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ضمنها بالتفريط في الحفظ** »[5] إلا الصبي ، فإنه يضمن بالإتلاف على الأصح ولا يضمن بالتفريط جزمًا ؛ لأن عقد الوديعة لا ينعقد معه ، كذا قال الجرجاني [والله أعلم][6] .

❋ ❋ ❋

(١) من (س) .

(٢) من (ق) .

(٣) أي : دعواه في الرد .

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٦٢/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٠١/٢) ، « قواعد الزركشي » (٣٢٤/٢) .

(٦) من (ن) .

كتاب النكاح

قاعـــدة

« ما يختلف المذهب في إلحاق النكاح الفاسد بالصحيح [في][1] مسائل »[2]:

منها : بماذا يعتبر إمكان [١٣٨ن/ب] اللحوق للولد به ؟ فيه وجهان أظهرهما : من حين الوطء ، وقيل: من حين العقد كالنكاح الصحيح .

- **ومنها** : ابتداء مدة العدة عن النكاح الفاسد هل هو [من][3] آخر [وطأة][4] وطئها [الزوج][5] ، أو من حين التفريق بينهما[6] ؟ وجهان ، رجح البغوي الثاني ؛ لأن الاستيلاد به ينقطع .

- **ومنها** : [هل][7] يتوقف لحوق الولد على [١٢٤ق/ب] إقراره بالوطء كالأمة ، أو لا يتوقف كالنكاح الصحيح ؟ فيه وجهان .

- **ومنها** : إذا قلنا : لا يلتحق به الولد إلا بالإقرار بالوطء ، فلو ادعى[8] الاستبراء

---

(١) من (ك) .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٥- ٣٦) .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) من (ق) .

(٥) من (ق) .

(٦) وزاد ابن الوكيل : « أم من جهة الحاكم ، أو من جهة أنفسهما بانجلاء الشبهة لهما ؟ » .

(٧) من (ن) .

(٨) في (ن) : « في » .

بحيضة هل يكفي ذلك في انتفاء الولد عنه أم لا بد من نفيه باللعان؟ فيه وجهان .

قاعــدة

قال بعض أصحابنا : « **كل وطء يُعصى اللَّه به يبطل الحصانة ، ومالا فلا** »[(١)] ، وحكاه القاضي[(٢)] طريقة في المذهب ، ولكنه منقوض بصور :

- منها : لو كان المقذوف مفعولًا به في دبره لم تبطل حصانته على ما حكاه الرافعي عن المذهب[(٣)] ، ولكن ذكر - أعني - صاحب « التهذيب » [أنه][(٤)] رأى أنه يبطل به لوجوب الحد عليه ، وحكى القاضي في باب الشهادة على الحدود في ذلك وجهين .

قاعــدة

« **إذا دار الوصف بين كونه حسيًّا وبين كونه معنويًّا ، فكونه حسيًّا أولى ؛ لكونه أضبط** »[(٥)] ، واختلف في صور :

- **منها** : حرمة النظر إلى النساء الأجنبيات لمظنة الشهوة ، وجوازه للرجال لعدمها ، واتفقوا على أن الشهوة [حيث][(٦)] وجدت حرم من جميع الأنواع ، فعند ذلك عكرت على الضابط .

واختلف في الأمرد حيث لا شهوة ، والمرأة حيث لا شهوة ، فمن نظر إلى

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٠٠) .

(٢) أي : القاضي حسين .

(٣) وقعت في (ن) : « المهذب » .

(٤) من (س) .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٤٦- ٤٧) .

(٦) من (ن) .

الضابط الحسي حرم النظر إلى المرأة، وأباح النظر إلى الأمرد.

- **ومنها**: فرار[١] الواحِد عن أكثر من الضعف في الحرب، جُوِّز للضعيف فلو كان المسلمون مائة أبطالًا، فهل يجوز فرارهم عن أكثر من الضعف الضعفاء؟ فيه وجهان: أصحهما[٢]: المنع، وكذا [لو كان][٣] الأمر بالعكس.

قلت: ويعبر عن مأخذ الخلاف أيضًا بأنه هل يجوز أن يستنبط من اللفظ العام أو المطلق معنىً يخصصه أو يقيده؟[٤].

ولو كان الكفار أقل من الضعف وكان المسلمون ضعفاء، فوجهان.

ولا خلاف أن الثبات إنما يجب حيث يرجى نصر المسلمين، ولو على بعد، فإن أيس جاز الانهزام.

- **ومنها**: تبسُّط الغانمين في أطعمة الكفار في دار الحرب شرع لفقد الأسواق، ومن يشتري [١٣٩ن/أ] منه في حال الهجوم بصولة السيف غالبًا، فلو وجدوا في دار[٥] الحرب سوقًا، أو عدمت[٦] الأسواق في بلاد الإسلام، فوجهان.

قلت[٧]: قطع الإمام بالجواز، وقال: لم أر لأحد منعه ونزَّلوا دار الحرب في ذلك منزلة السفر في الترخيص.

---

(١) في (ق): «أن فرار».

(٢) رجحه الغزالي.

(٣) من (ك).

(٤) في (ق): «أو يعممه».

وانظر: «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/١٥٣).

(٥) وقعت في (ن): «كتاب».

(٦) في (ن): «عدمنا».

(٧) القائل: هو ابن الملقن.

- **ومنها** : أن الذمي لا يمنع من ركوب البغال النفيسة ويمنع من ركوب الخيل على المشهور فيهما ، واستثنى الجويني البراذين الخسيسة .

- **ومنها** : [النهي][١] عن التضحية بالعرجاء[٢] والحكمة : عجزها[٣] عن لحوق الغنم ، ومزاحمتها[٤] في الرعي [١٢٤ق/ب] فيقع الهزال ، فلو انكسرت رجلها عند الذبح فوجهان ، أشبههما : عدم الإجزاء نظرًا إلى الوصف الحسيِّ ، والثاني : الإجزاء لعدم الهزال .

- **ومنها** : المريضة التي لم تهزل بعد ، بل في مبادئ المرض ، فيها وجهان ، أصحهما : المنع .

قاعــدة

قال [الإمام][٥] الشافعي [رضي اللَّه عنه][٦] « **ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال** »[٧] ، وقال في موضع آخر : وقائع[٨] الأعيان إذا تطرق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال ، ويسقط بها

---

(١) من (ك) .

(٢) كما في الحديث الذي رواه أبو داود وغيره في « سننه » [كتاب الأضاحي- باب ما يكره من الضحايا- حديث رقم (٢٨٠٢)] .

(٣) في (ن) : « عرجها » .

(٤) في (ن) و(ق) : « ومزاحمتهم » .

(٥) من (ن) .

(٦) من (ق) .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٣٧/٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٥٠) .

(٨) وقعت في (ن) و(ق) : « جامع » .

الاستدلال »[١] فمقتضى الكلام الأول ألا[٢] يكون مجملًا ، ويكون عامًا في جميع الموارد [فيعمل به فيها ، ومقتضى [الكلام] الثاني : أن يكون مجملًا][٣] فلا يعمل به في صورة معينة إلا بدليل من خارج ، وعند هذا نقول في الفرق إن كان الإجمال[٤] للسائل[٥] ، ولم يستفسره عليه [الصلاة والسلام][٦] بل أتى بالحكم مطلقًا ، فهو موضع الكلام الأول ، فإنه عليه [الصلاة والسلام][٧] ترك الاستفصال .

مثاله : أن غيلان الثقفي أسلم على عشر نسوة ، فقال له النبي ﷺ : « **أمسك أربعًا وفارق سائرهن** »[٨] ، فالإجمال[٩] في الحكاية ، لا في كلامه ، وهو أنه عليه [الصلاة والسلام][١٠] لم يسأل عن كيفية عقده عليهن ، هل كن مجتمعات أو متفرقات[١١] ، فلذلك قال [الإمام][١٢] الشافعي : « من أسلم على عشر نسوة كان

---

(١) في (ق) : « الاستبدال » .

(٢) في (ن) : «أن» .

(٣) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « الاحتمال » .

(٥) أي : في كلام السائل .

(٦) من (ن) .

(٧) من (ن) .

(٨) أخرجه الترمذي في « السنن » [كتاب النكاح- باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة- حديث رقم (١١٢٨)] .
وابن ماجه في « السنن » [كتاب النكاح- باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة- حديث رقم (١٩٥٣)] .

(٩) في (ق) : « فالاحتمال » .

(١٠) من (ن) .

(١١) في (ن) : « مرتبات » .

(١٢) من (ن) .

له أن يختار الأربع الأخر، ولا يلزمه اختيار الأربع الأول».

وأما الكلام الثاني فمحله ما إذا كان الإجمال[(١)] في كلامه عليه الصلاة والسلام لا في كلام السائل، ففي مثال هذا يسقط الاستدلال [به][(٢)] على كل فرد فرد، إلا بدليل [من][(٣)] خارج.

فمثاله: المجامع في نهار رمضان، فإنه حكى لرسول [١٣٩ن/ب] الله ﷺ وِقَاعَهُ وهو صائم، فأمره بالتكفير[(٤)] ولم يعين أن الكفارة لأجل مطلق الفطر[(٥)] في رمضان عامدًا، فلأجل ذلك قال [الإمام][(٦)] الشافعي: «من أفطر بغير الوقاع عامدًا لا كفارة عليه، وإنما تجب بالوقاع لأحد أمرين: أحدهما: الإجماع، والثاني: أنا [إذا][(٧)] وجدنا حكمًا وسببًا وجب إحالة الحكم على السبب، كذا دليل[(٨)] الشيخ، وفي الثاني نظر؛ لأن الموجود الفطر أو الجماع أو المجموع، فليس إحالة الحكم على أحدهما أولى من الآخر، ويتجه النظر في صور:

---

(١) في (ن) و(ق): «الاحتمال».

(٢) من (ك).

(٣) من (ق).

(٤) كما في الحديث الذي أخرجه البخاري في «صحيحه» [كتاب الصوم- باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتُصُدق عليه فليكفر- حديث رقم (١٩٣٦)]، ومسلم في «صحيحه» [كتاب الصيام- باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم... حديث رقم (١١١١)].

(٥) في (ق): «الفرض».

(٦) من (ن).

(٧) من (ك).

(٨) في (ن): «ذيل».

- **منها** : قضية حمنة في استحاضتها[١]، وتردد [الإمام][٢] الشافعي في أنها معتادة أو مبتدأة، فلذلك اختلفت قضيته فيما ترد إليه المبتدأة، والأصح : أنها تحيض أقل [١٢٥ق/أ] الحيض، والثاني : غالبه، فحمنة إن كانت معتادة [و][٣] لم يكن في الحديث دليل على ما تصنع المبتدأة، فترد إلى أقل الحيض لأنه المتيقَّن، فهذا موافق للأصح، ويكون أصح نصوصه حينئذ مخالفًا لنصه في أصل القاعدة من الحمل على العموم .

قاعـــدة

« فُرقة النكاح اثنتان وعشرون فرقة »[٤] .

[فرقة الطلاق بغير سبب][٥]، [فرقة الإعسار بالمهر][٦]، فرقة الإعسار بالنفقة وما يجري مجراها، [فرقة الخلع][٦]، فرقة الإيلاء، فرقة الحكمين، فرقة العنة، فرقة العيب، فرقة الغرور، [فرقة العتق][٦] فرقة الرضاع، فرقة وطء الأصول أو الفروع بالشبهة، فرقة اللمس بشهوة على قول، فرقة [سبي][٧] أحد الزوجين أو إسلام أحدهما على تفصيل فيه، فرقة الإسلام على الأختين أو الزيادة على الأربع،

---

(١) رواه أبو داود في « السنن » [كتاب الطهارة- باب من قال : إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة- حديث رقم (٢٨٧)] .

(٢) من (ن) .

(٣) من (ق) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٦٧) ، « قواعد الزركشي » (٣/٢٤) .

(٥) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٦) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٧) سقطت من (ق) .

والردة، واللعان، فرقة ملك أحد الزوجين، فرقة جهل سبق أحد العقدين، فرقة تمجُّس الكتابية تحت مسلم، فرقة الموت، وكذلك فرقة الإقرار بشرط مفسد، وكذا ما لو أقر الزوجان بفسق الشاهدين عند العقد، أما لو أقر هو فقط فهل هي طلاق أو فسخ؟ فيه خلاف بين المراوزة والعراقيين، [والأصح]: أنها فرقة فسخ، ورأيت في كتاب «الخصال والأقسام»، لأبي بكر الخفاف[١] من قدماء[٢] أصحابنا [١٤٠ن/أ] زيادة على ذلك، فقال: الفرقة قد تقع بين الزوجين من ثلاثين وجهًا، فعد فرقة الخلع، والأمة تعتق تحت[٣] عبد، وفرقة باقي العيوب السبعة، والخصي، والمجبوب، والإفضاء وإذا كان مشعر الإحليل هذا لفظه، وذكرنا هذا الفرق لأمور:

الأول: أنها كلها لا تحتاج [إلى][٤] الحصول[٥] عند الحاكم حال الفرقة، إلا اللعان والحَكَم كالحاكم في قول.

الثاني: أن منها ما تستقل به المرأة[٦] وهي الغرور والعيب.

---

(١) هو أحمد بن عمر بن يوسف، أبو بكر الخفاف، صاحب «الخصال» مجلد متوسط ذكر أوله نبذة من أصول الفقه سماه «بالأقسام والخصال»، قال ابن قاضي شهبة: «ولو سماه بالبيان لكان أولى؛ لأنه يترجم الباب بقوله البيان عن كذا، ولا أعلم من حاله غير ذلك، وذكره الشيخ أبو إسحاق في هذه الطبقة».

راجع ترجمته في «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن قاضي شهبة (١/٩٦- رقم ٧٣).

(٢) في (ق): «فقهاء».

(٣) في (ن): «عن».

(٤) سقطت من (ن) و(ق).

(٥) في (ن): «الحضور».

(٦) في (ن) و(ق): «إقراره»، والمثبت من (ك).

- [**ومنها** : ما يستقل به الزوج ، وهو الطلاق المعلق والغرُور والعيب][١] .

- **ومنها** : ما للحاكم فيه مدخل ، وهي فرقة العنين والحكمين والإيلاء[٢] ، والعجز عن المهر والنفقة ، ونكاح الوليين ، وإذا أسلم الزوج وعنده أختان ، أو أكثر من أربع ، قاله ابن القاص والقفال : ولا بد في[٣] العنة والفسخ بإعسار الزوج من الرفع إلى القاضي[٤] ، والأصح أنها تستقل بالفسخ بالعنة بعد ضرب القاضي له المدة ، وكذا الخلاف في التحالف ، والأصح : أن [١٢٥ق/ب] لكل منهما أن يفسخ ، وقيل : لا يفسخ[٥] إلا الحاكم ، والأصح في الفسخ بإعسار الزوج أنه لا يفسخه إلا الحاكم أو بإذن لها ، وفي الفرق نظر .

الثالث : أن كل[٦] ما يطلب من الزوج من هذه الفُرقَ ، يقوم الحاكم مقامه فيها إذا امتنع إلا اختيار الزوجات ، وكذا الإيلاء على قول .

الرابع : أن من هذه الفرق[٧] ما لا يحتاج إلى الزوج ولا إلى الحاكم ، وهي فرقة اللعان وإسلام أحد الزوجين وكفره ، والوطء بالشبهة في المصاهرة ، وما في معنى الوطء ، والرضاع وتمجس[٨] الكتابية ، وملك أحد الزوجين [صاحبه][٩] .

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): « كالإيلاء».

(٣) في (ن) : « من » .

(٤) في (ق) : « الحاكم » .

(٥) في (ن) : « لا يصح » .

(٦) في (ن) : « لكل » .

(٧) في (ن) : « الفروق » .

(٨) في (ن) : « وتمجيس » .

(٩) من (ق) .

الخامس : أن من هـذه الفرق ما لا يتلافى إلا بعد زوج آخر ، وهو طلاق الثلاث .

- **ومنها** : ما لا يتلافى بوجه وهو اللعان والرضاع والوطء بالشبهة واللمس بشهوة .

- **ومنها** : [ما يتلافى][1] في العدة وهي الردة ، وإسلام أحدهما ، وتمجس[2] النصرانية ، وبالعود إلى الإسلام على قول فقط في الطلاق دون الثلاث بالرجعة .

السادس : هذه الفرق كلها فسخ [١٤٠ن/ب] إلا الطلاق المعلق[3]، وفرقة الحَكَمَيْن ، والإيلاء والخلع على قول ، والإعسار بالمهر أو النفقة ، أو ما يجرى مجراها على قول ، وكذا فرقة إقرار زوج الأمة بأنه كان واجدًا طَوْل حرة ، كما حكوا في الطلاق عن الشيخ أبي حامد والعراقيين ، وقول صاحب « البيان » : « كل موضع حكمنا فيه بالفَرْقِ بين الزوجين ، فذلك فسخ لا طلاق » يرد على[4] ذلك توافُقُ الزوجين[5] على أن العاقد والشهود فسقة ، فإن الفرقة تحصل بينهما[6] ، والأصح : أنها فرقة طلاق .

---

(١) من (ك) .

(٢) في (ن) : « وتمجيس » .

(٣) وقعت في (ن) و(ق) : « المطلق » ، والمثبت من (ك) .

(٤) في (ن) : « عليه » .

(٥) في (ن) : « الزوج » ، وفي (ق) : « الزوجان » .

(٦) في (ن) : « بهما » .

قاعــدة

العقود على ثلاثة[(١)] [**أقسام**][(٢)] :

- **منها** : ما يعتد بلفظه وهو النكاح ، فلا ينعقد بالكناية قطعًا .

- **ومنها** : ما يستقل الشخص بمقصوده فيه ، وهو الخلع والكتابة والصلح عن دم العمد ، فإن مقاصدها الطلاق ، والعتق ، والعفو ، فينعقد بالكناية[(٣)] قطعًا ، وما سوى ذلك من العقود[(٤)] ، ففيه وجهان إلا بيع الوكيل بالإشهاد .

فائدة[(٥)] : **الثيوبة**[(٦)] **في الفقه على صور**[(٧)] :

- **منها** : ثيوبة الرد بالعيب ، زوال العذرة .

- **ومنها** : الوصية كذلك ، وكذا في السلم والوكالة .

- **ومنها** : النكاح مثل ذلك ، والمذهب : أنه لا بد من جماع على أي وجه كان في القبل ، وقيل بشرط العقل[(٨)] والإدراك والاختيار ، وقيل : يكفي الدبر .

- **ومنها** : في القسم كالنكاح على المذهب ، ومن قال : زوالها على [أي][(٩)]

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٩١) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٧٢) .

(٢) من (ق) .

(٣) في (ن) : « ينعقد بالكتابة » .

(٤) في (ق) : « العفو » .

(٥) في (ق) : « قاعدة » .

(٦) وقعت في (ن) : « الثبوت » .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٠) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٩٦- ٨٩٧) .

(٨) في (ن) و(ق) : « الغسل » .

(٩) سقطت من (ن) .

وجه كان قاله هنا، وباقي الأوجه لم أره في هذا الباب منقولًا.

- **ومنها**: الزنا وهو وطء[(١)] الموطوءة في القبل في نكاح صحيح، وهو حر بالغ عاقل[(٢)].

وما ذكره[(٣)] في مسألة الوصية ليس على ظاهره، فإن الإمام ذكر أن شيخه [كان][(٤)] يتردد في التي زالت بكارتها بالطَّفرة[(٥)] ونحوها هل تدخل تحت البكر أو الثيب؟ وحكى عن رواية الشيخ أبي علي وجهًا أنها لا تدخل تحت البكر ولا تحت الثيب.

قاعـــدة

«**الأحكام المتعلقة[(٦)] بالجماع في القبل تـتعلق به في الدبر**»[(٧)] إلا سبعة

---

(١) في (ن) و(ق): «الواطئ».

(٢) أي الواطئ، وهي كذلك، أي: حرة بالغة عاقلة.

(٣) يعني: الشيخ صدر الدين ابن الوكيل، وفي (ن) و(ق): «ذكرناه».

(٤) من (ق).

(٥) والطفرة: الوثوب في ارتفاع قال الفقهاء: «زالت بكارتها بوثبة أو طفرة، وقيل: الوثبة من فوق، والطفرة إلى فوق» «المصباح المنير» (ص: ٢٢٣).

(٦) في (ن): «المتعلق».

(٧) راجع هذه القاعدة ونظائرها في:
«الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٢٠٠)، «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٧٠)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٥٣١)، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٢/٣٢٧)، «قواعد الزركشي» (٣/٣٣١-٣٣٢)، وقد أثبت ابن الملقن عبارة ابن الوكيل، وقد عبر عنها ابن السبكي بقوله: «إتيان القبل والدبر سواء في الأحكام» وعبر عنها السيوطي وابن نجيم بقولهما: «الوطء في الدبر كالوطء في القبل».

أحكام استثناها [الشيخ محيي الدين](١) النووي(٢) ، قال : وقد يأتي في بعض المسائل وجه ضعيف لا اعتبار [به](٣) كما في الحد ، وتقدير المسمى وثم أشياء غير هذه السبع(٤) [١٤١/ن/أ] على الصحيح :

- **منها** : وطء البائع في زمن(٥) الخيار فسخ على الصحيح ، وفيما(٦) دون الفرج لا يكون فسخًا على الأظهر ، كذا زاده بعضهم وليس فيها ، فإن محل هذا الخلاف في مقدمات الوطء [ثم](٧) في الدبر من مقدماته .

ومما يستثنى : ثبوت الرجعة ، والعدة ، وحرمة المصاهرة ، وثبوت المحرمية ، والنسب على وجه(٨) .

---

(١) من (ن) .

(٢) في « روضة الطالبين » .

(٣) سقطت من (ن) و(ق) .

(٤) هذه المسائل السبع هي كالآتي :

الأولى : التحليل .

الثانية الإحصان .

الثالثة : الخروج من العنة .

الرابعة : الخروج من فيئة الإيلاء .

الخامسة : يعتبر إذن البكر ولا يتغير بالوطء في الدبر ولا تصير به ثيبًا .

السادسة : خروج مني الرجل من دبر المرأة بعد الاغتسال لا يوجب عليها غسلًا ثانيًا ، ومن القبل يوجب .

السابعة : لا يتصور حله بخلاف القبل .

(٥) في (ق) : « زمان » .

(٦) في (ن) : « وما » .

(٧) من (ق) .

(٨) أي : إذا جرى في النكاح الفاسد .

وفي هذا اضطراب وقع للرافعي [منهم][١]، وأنه لا يبطل إحصان المفعول به[٢] رجلًا كان أو امرأة، وفي المرأة وجه قاله في « التهذيب » وأبدى فيه احتمالًا[٣]، وهو موافق لإطلاقهم من أن قول الرجل لزوجته : وطئك فلانٌ في دبرك أنه يجب عليه الحد .

وإذا كان الواطىء في الدبر حرم الطلاق بعده على الأصح[٤]، وقاسوه على ثبوت النسب .

وإذا حلف لا يطأ زوجته فوطئها في الدبر، قال الإمام : « الذي أراه الحنث »، نقله الرافعي في الإيلاء، وحكى الغزالي في « فتاويه » وجهين، ورجح عدمه[٥] وأهمل[٦] عدة مسائل أخر، والكل أوضحته في « شرح التنبيه » عند قول الشيخ : « ولا يجوز وطؤها في الدبر » فراجعها منه، وقد وصَّلتُها إلى عشرين حكمًا وفاقًا وخلافًا ولله الحمد على جميع نعمه، وكذا أوضحته في « جمع[٧] الجوامع » وهو في الشرح[٨] الثالث على كتاب « المنهاج » فراجعها منه[٩] .

---

(١) من (ن) .
(٢) أي : إذا فعل في غير الزوجة .
(٣) أي : احتمالًا لنفيه .
(٤) تفصيل هذه المسألة : أنه إذا وطئ امرأته في طهر لها، وهي ممن تحبل ولم يظهر حملها حرم طلاقها في ذلك الطُّهر، فلو كان الوطء في الدبر فهل يحرم الطلاق أم لا ؟ .
(٥) أي : عدم الحنث .
(٦) يعني : الإمام النووي .
(٧) في (ق) : « جامع » .
(٨) في (ق) : « الشرط » .
(٩) منها :
- لو وطئ بهيمة في دبرها لا يقتل إن قلنا : تُقتل في القبل . =

قاعـــدة

«إذا دار اللفظ بين الحقيقة [المرجوحة][(١)] والمجاز [الراجح][(٢)] فعند [الإمام][(٣)] أبي حنيفة الحقيقة المرجوحة أولى، وعند أبي يوسف [١٢٦ق/ب] **المجاز الراجح [أولى][(٤)]»**، ومَيْلُ جماعة إلى تساويهما فلا يتعين أحدهما إلا ببينة أو قرينة[(٥)]، فإن كونه حقيقة توجب [له][(٦)] القوة، وكونه مرجوحًا يوجب له الضعف، والمجاز الراجح من [حيث][(٧)] كونه مجازًا يوجب [له][(٨)] الضعف

= - ومنها: وطئ أمته في دبرها فأتت بولد لا يلحق السيد في الأصح.

- ومنها: وطئ زوجته في دبرها فأتت بولد، فله نفيه باللعان.
- ومنها: أن المفعول به يجلد مطلقًا وإن كان محصنًا.
- ومنها: أن الفاعل يصير جنبًا لا محدثًا بخلاف فرج المرأة.
- ومنها: لا كفارة على المفعول به في الصوم بلا خلاف رجلًا كان أو امرأة، وفي القبل خلاف.
- ومنها: وطء الأمة في دبرها عيب يرد به ويمنعه من الرد القهري.

(١) من (ق).

(٢) من (ق).

(٣) من (ن).

(٤) من (ن).

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٢٩٨)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/١٧٢)، «قواعد الزركشي» (٣/١٢٢)، وانظر: «شرح القواعد الفقهية» للزرقا (رقم: ٦٠)، «القواعد الفقهية» للندوي (ص: ٤٥٩).

(٦) من (ن).

(٧) سقطت من (ن) و(ق).

(٨) من (ق).

ومن حيث كونه راجحًا يوجب له القوة .

وصورة المسألة : أنه [إن][(١)] كثر الاستعمال في المجاز حتى ساوى الحقيقة في التبادر ولم تهجر الحقيقة ، ومنهم من قال : بل صورتها أن تهجر الحقيقة ويتبادر إلى الفهم المجاز دون الحقيقة ، ومثال المسألة : النكاح وهو[(٢)] حقيقة في الوطء ، وكثر استعماله في العقد حتى [صار][(٣)] يتبادر إلى الذهن ، هذا إذا لم نجعله [١٤١ن/ب] حقيقة أو لم نجعله مشتركًا .

ونظير هذه القاعدة مسائل النقيصة مع الفضيلة[(٤)] ، والكمال من وجه [دون وجه][(٥)] مع مثله .

الأولى : في الصلاة على الجنازة لو استوى اثنان في الدرجة وأحدهما رقيق فقيه ، والآخر حرٌّ[(٦)] غير فقيه ، ففيه وجهان في الترجيح ، قال الغزالي : لعل التسوية أولى ، وكذا أقرب رقيق وأبعد حر ، ورجح الأكثرون في هذه تقديم الحر .

الثاني : النقائص[(٧)] الحاصلة في الزوج مما يمنع كفاءته[(٨)] لها ، هل تجبر

---

(١) من (ن) .

(٢) في (ق) : « حيث هو » .

(٣) من (ك) .

(٤) واجتماع النقيصة مع الفضيلة مثل أن يصلي أول الوقت بالتيمم وآخره بالوضوء ، والصلاة أول الوقت منفردًا ، وآخره جماعة ، والصلاة أول الوقت عاريًا أو قاعدًا وآخره مستورًا أو قائمًا ، والصلاة أول الوقت قاصرًا وآخره متمًا ، انظر : «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/ ٦٢٠- ٦٢١) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٣٥٢) .

(٥) سقطت من (ق) .

(٦) في (ن): «في غير».

(٧) وقعت في (ن) و(ق) : « التفاخر » .

(٨) وقعت في (ن) و(ق) : « فيما يسمع كفاية » .

بفضائل فيه مقابلة النقائص؟ وقضية كلام الأكثرين المنع، وصرح به مصرحون حتى لا تزوج سليمة من العيوب دنيَّة من معيب نسيب، ولا حرة[١] فاسقة من عبد عفيف [٢]، ولا عربية فاسقة من أعجمي عفيف، ولا عفيفة رقيقة من فاسق حر، وفصل الإمام فقال: «السلامة من العيوب لا تقابل سائر فضائل الزوج، ولذلك يثبت بها حق الفسخ، وإن كان في المعيب فضائل، وكذا الحرية [لا][٣] تقابل بفضيلة أخرى، وكذا النسب، نعم العِفَّة الظاهرة في الزوج هل تجبر دناءة نسبه؟[٤] وجهان، أظهرهما: المنع، قال: والتنقي من[٥] الحِرَف الدنيئة يعارض الصلاح وفاقًا، واليسار إن اعتبرناه يُعارض بكل خصلة من خصال الكفاءة، والأمة العربية جوابًا[٦] على استرقاق العرب إذا زوجت من الحر العجمي كان على هذا الخلاف في حصول الانجبار[٧].

الثالث: عبد[٨] مسلم وحر كافر ليس هما كفؤين[٩]، حتى لا يجب القصاص، قال الغزالي: [إذ][١٠] النقيصة لا تجبر بالفضيلة ولا يجزئ مثلها هنا.

---

(١) في (ن): «والأخرى».
(٢) وفي (ن) و(ق) في هذا الموضع زيادة: «ولا عربية فاسقة من عبد عفيف».
(٣) سقطت من (ن).
(٤) في (ن) و(ق): «فيه».
(٥) في (ن): «المسمى في».
(٦) في (ن): «حرامًا».
(٧) في (ن): «الإجبار».
(٨) في (ن): «عقد».
(٩) وقعت في (ن) و(ق): «كفؤان».
(١٠) سقطت من (ن).

الرابعة : لو [١٢٧ق/أ] تعارض فوات[١] الركعة الأولى إذا تقدم إلى[٢] الصف[٣] الأول وإدراكها[٤] إذا[٥] [تأخر][٦] في الصف الأخير، قال النووي في «شرح المهذب» : يصلي في الصف الأخير[٧] .

الخامسة : الصلاة في أول الوقت منفردًا وآخر الوقت مع جماعة أيهما أولى ؟ [وقال القاضي أبو الطيب :][٨] فيه وجهان .

أصحهما: أن أول الوقت أولى .

قلت : هو ما قطع به أكثر الخراسانيين [١٤٢ن/أ] وقطع جماعة من العراقيين بأن التأخير أولى ، وقال القاضي أبو الطيب : حكم الجماعة حكم التيمم ، والخلاف جارٍ في مريض عجز عن القيام ورجى القدرة عليه آخره ، وعارٍ رجى السُّترة في آخر الوقت ، وفي هذه نظر ، وينبغي القطع بالتأخير فيها ، لينافي كشف العورة للصلاة بخلاف نظائرها [للصلاة][٩] ، وحكى النووي عن صاحب «الفروع» أنه لو خاف فوت الجماعة إن أكمل الوضوء فإدراك الجماعة أولى ، قال النووي : وفيه نظر ، **قلت** : لا وجه له ؛ لأن الجماعة مختلف في وجوبها ، فهي أولى من الإتيان بسنن الوضوء .

---

(١) في (ق) : « قراءة » .
(٢) في (ن): «على».
(٣) في (ق) : « النصف » .
(٤) في (ن) : « وأدركها » .
(٥) كذا في (ك)، وفي (ن): «وأما»، وفي (ق): «أو إما».
(٦) من (ك) .
(٧) قال ابن الوكيل : « والظاهر أنه إذا خاف فوات الركعة الأخيرة حافظ عليها ، وإذا خاف فوت غيرها مشي إلى الصف الأول » .
(٨) ما بين المعقوفتين من (ق) .
(٩) من (ن) .

السادسة : [إذا تعارض في إمامة الصلاة][(١)] أفقه غير قارئ ، وقارئ غير أفقه ، فالمشهور ترجيح الأفقه ، وحكى الروياني وجهًا بتساويهما .

وأما الأورع مع الأفقه والأقرأ، فقضية كلام الأكثرين [أنه يرجح][(٢)] الأفقه ، ورجح في « المهذب » : الأورع ، ويقدم الأفقه والأقرأ على[(٣)] النسب والسن والهجرة على الصحيح ، قيل : هذه الصورة إذا لم يحكم فيها بالتساوي لم تجبر النقيصة[(٤)] بالفضيلة ، والأعمى والبصير سواء على النص من حيث إن الأعمى أخشع والبصير أقرب إلى تكملة[(٥)] الأركان والشرائط .

السابعة : ما نص عليه وتابعوه[(٦)] : فيما لو قدر أن يصلي قائمًا [منفردًا في بيته][(٧)] وإذا صلى مع جماعة احتاج [إلى][(٨)] أن يصلي بعضها [من قعود][(٩)] ، فالأفضل أن يصلي [قائمًا][(١٠)] منفردًا ، وإذا[(١١)] صلى مع الجماعة وقعد في بعضها صحت .

الثامنة : في باب التيمم [إذا تعارض فوات أول الوقت ليدرك الجماعة أو يصلي بالتيمم][(١٢)] ....

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٢) في (ق) : « ترجيح » .

(٣) في (ن) و(ق) : « عن » .

(٤) وقعت في (ن) : « لم تجب البغيضة » .

(٥) في (ق) : « تكميل » .

(٦) أي ما نصَّ عليه الإمام الشافعي وتابعه الأصحاب .

(٧) من (ك) .

(٨) من (ن) .

(٩) من (ن) .

(١٠) من (ن) .

(١١) في (ق) : « فإن » .

(١٢) ما بين المعقوفتين من (ق) .

فيه تفصيل[١] ، أوضحته في « شرح المنهاج » وغيره ، وإذا دخل المسجد والإمام في الصلاة وعلم أنه [متى][٢] مشى إلى الصف الأول فاتته ركعة ، قال النووي : الذي أراه تحصيل الصف [الأول][٣] إلا في الركعة الأخيرة .

فائدة : الإجبار من الجانبين في صور[٤] :

الأولى : الأب والجد يجبران البكر ، وهي تجبرهما على التزويج على المذهب .

الثانية : العبد [١٢٧ق/ب] يجبره السيد على قول ، ويجبر هو السيد على قول .

الثالثة : المضطر يجبره صاحب الطعام ، ويجبر هو صاحب الطعام[٥] .

الرابعة : السفيه المحتاج إلى النكاح يجبر الولي على[٦] أن يزوجه [١٤٢ن/ب] ويجبره الولي عند العراقيين .

---

(١) إذا تعارض فوات أول الوقت ليدرك الجماعة متأخرًا ويصلي بالوضوء ، أو يصلي بالتيمم في أول الوقت على أحوال ؛ إحداها : أن يتيقن وجود الماء آخر الوقت ، فالمذهب الصحيح المشهور : أن الأفضل التأخير والثانية : أن يغلب على ظنه وجود الماء في آخر الوقت ، فقولان ، أصحهما : أن تقديم الصلاة بالتيمم أفضل ، الثالثة : إن شك فلا يترجح الوجود على العدم ولا عكسه ، فطريقان :
إحداهما : طرد القولين في هذه .
والثانية : الجزم بأفضلية التقديم ، ونقل القولين فيها أبو حامد والماوردي والمحاملي .

(٢) في (ق) : « إذا » .

(٣) من (ن) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٧٠) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/ ٨١١) .

(٥) وقعت في (ن) : كذا : « المضطر يجبره هو صاحب الطعام » .

(٦) في (ن) : « إلى » .

قاعــدة

قال الغزالي : « **كل من**[١] **بها عذر طبعي أو شرعي لا تستحق القَسْم** »[٢]، ويستثنى الرتقاء فلها عذر طبعي وتستحقه .

قاعــدة

« **الوطء لا يخلو [عن مهر]**[٣] **أو عقوبة** »[٤] ويستثنى ثلاث مسائل :

الأولى : إذا تزوج السفيه بغير إذن [وليه][٥] [ووطئ وهو الأصح[٦] ، وقيل يلزمه مهر مثل بعد فك الحجر عنه ، جعله كالجناية][٧] ، المذهب : القياس على من اشترى سلعة من عالم بحاله .

[**قلت**][٨] : قيدها[٩] في « فتاويه » بما إذا تزوج رشيدة ، فإن كانت سفيهة فيجب[١٠] كما لو [أتلف][١١] لها مالاً .

---

(١) في (ن) : « كلما » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٧٤/١) .

(٣) سقطت من (ن) ، وفي (ق) : « عن عقد » ، والمثبت من مصادر القاعدة .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٧٥/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٥٣٣/٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٣٢٨/٢) ، « قواعد الزركشي » (٣٣١/٣) .

(٥) وقعت في (ن) : « زوجه » ، وهي ساقطة من (ق) .

(٦) أي : أنه لا شيء عليه بالوطء .

(٧) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٨) في (ن) : « هو » .

(٩) أي : النووي .

(١٠) أي : المهر .

(١١) سقطت من (ق) .

الثانية : إذا تزوَّج[١] عبدُه بأمته .

الثالثة : إذا فوضت المرأة بُضعها في دار الحرب ثم أسلما ودخل بها وهما يعتقدان [أن][٢] لا مهر ، وكذا[٣] استثنى هذه الثلاثة الروياني في « فروقه » ، وأهمل مسائل :

أحدها : وطء الشارع [ﷺ][٤] ، فمن خصائصه [عليه أفضل الصلاة والسلام][٥] أنه لا يجب عليه مهر وإن لم يكن العقد بلفظ الهبة .

الثانية : إذا أعتق المريض أمته فتزوج بها [ومات][٦] وطالبت بالمهر فيجب لها منه بقسط ما عتق ، ويبطل النكاح بخروجها عن كونها[٧] من الثلث ، فإن الاعتبار بالثلث[٨] بعد وفاء الدين ، وإذا لم يخرج من الثلث رُق بعضها ، وحينئذ لا يصح تزويجها للحر ، أما إذا عتقت عن المهر فيصح النكاح .

الثالثة : إذا استرق الكافر مسلمًا وجعله صداق امرأته وأقبضها إياه ثم أسلما ، فإن الحر ينتزع من مهرها ، وجنح[٩] الرافعي في [بحثه][١٠] إلى أنه لا يجب مهر [مثل][١١] .

---

(١) في (ق): «زوج».
(٢) من (س).
(٣) في (ن): « وهكذا ».
(٤) من (ق).
(٥) من (ن).
(٦) سقطت من (ق).
(٧) في (ق) : « كونه ».
(٨) في (ق) : « بالثلاثة ».
(٩) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «واحتج».
(١٠) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «بحقه ثم».
(١١) من (س).

الرابعة : إذا وطئ المسلم حربية بشبهة فلا عقوبة ؛ [إذ لا إثم ولا عقد .

الخامسة : إذا وطئ ميتة بشبهة فلا عقوبة][1] للشبهة ولا مهر .

قاعـــدة

« **كل من [لم][2] يتوقف صحة الشيء على إذنه فلا أثر لمنعه فيه** »[3] ، بخلاف عكسه[4] ، ومن ثمَّ إذا أذنت غير المجبر أن يوكل في تزويجها ، فإنه لا يوكل قطعًا كما قاله الإمام والبغوي ، وقال الماوردي : إن قلنا لا يعتبر إذنها في التوكيل لم يؤثر منعها منه ، وأبدى ابن الرفعة بذلك خلافًا ، والأشبه : الأول[5] .

قاعـــدة[6]

« **الرضى بالشيء رضًا بما يتولد منه واعتراف [بصحته]**[7] »[8] [١٢٨ق/أ] في مسائل :

الأولى : رضى أحد الزوجين بعيب صاحبه ، فازداد [١٤٣ن/أ] العيب فلا خيار على الصحيح لذلك[9] .

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) من (ق) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٤٩/١) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ٢٣٩) .

(٤) أي : بخلاف من يتوقف وجود الشيء على إذنه ، فإن منعه مؤثر في إبطاله .

(٥) أي : القطع بنفي الخلاف ، وهو توجيه تقي الدين السبكي .

(٦) في (ن) : « فائدة » .

(٧) من (ن) .

(٨) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٥٢/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٣١٦/١) ، « قواعد ابن رجب » (٤١٣/٢) ، « قواعد الزركشي » (١٧٦/٢) .

(٩) أي : لأن رضاه به رضا بما يتولد منه .

الثانية : ادعت المنكوحة برضاها- حيث يعتبر [إذنها][(١)] - محرمية بينها وبين الزوج لم تقبل ؛ لأن رضاها بالنكاح يتضمن اعترافًا بحكمه ، فلا يقبل منها نقضه إلا إذا ذكرت عذرًا كنسيان ونحوه ، فتصدق بحلف[(٢)] .

الثالثة : علمت بإعساره عن المهر فأمسكت عن المحاكمة بعد طلبه ، كان رضا[ها] بالإعسار مسقطًا للخيار ، بخلاف ما إذا كان قبل الطلب ؛ لاحتمال أن التأخير لتوقع النسيان .

الرابعة : ادعت بعد الدخول وهي معتبرة الإذن أنها زُوِّجت بغير إذنها ، لا تقبل ، قاله البغوي ، قال الرافعي : كأنه نزل الدخول منزلة الرضى .

الخامسة : قال رشيد[(٣)] : اقطعني ، ففعل ، فسرى فَهدْرٌ ، وفي قول : دية .

[قاعــدة

كل زوجة جمعها زوج في الشرك والإسلام وهي بحيث يحل ابتداء نكاحها ، أقرت ، وإلا فلا][(٤)(٥)] .

❋ ❋ ❋

---

(١) ما بين المعقوفتين من (س) .

(٢) في (ن) : « فتحلف » .

(٣) في (ن) و(ق) : « لسيده » ، والمثبت من (س) .

(٤) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٥) قال ابن السبكي : « كل زوجة جمعها مع زوجها في الشرك الإسلام ، وهي بحيث يحل ابتداء نكاحها ، أقرت وإن كان بحيث لا يحل له ابتداؤه لا تقر » « الأشباه والنظائر » (١/٣٧٤) .

كتاب الصداق

قاعـــدة

قال الشيخ عز الدين [بن عبد السلام][1] في تشطير الصداق وعدم تشطيره : « لا يشطر إلا إذا استقل الزوج بالفرقة ولم يكن للمرأة فيه مدخل ، فإن [كان][2] لها فيه مدخل ، فلا »[3] .

وكذا إذا فسخ بالعيب ولم يتشطر فلا يجب لها شيء البتة ؛ لأن قضيته[4] ترادُّ العوضين ، وقد رجع البُضع لها سليمًا بالفرقة قبل الدخول ، وكان مقتضى الدليل أن يرجع المهر إليه[5] لكن الشارع جعل تشطير الصداق جبرًا لما حصل من الكسر بالطلاق الذي لا مدخل لها فيه ، فإذا كان لها فيه مدخل فقد رجع إليها بضعها سليمًا فليرجع عوضه إليه سليمًا .

قاعـــدة

قال الإمام في الكلام على التفويض في[6] كتاب الصداق : « **ومن الأقيسة الجليَّة الكلية في قواعد الشرع أن من تملك إسقاط العوض بعد ثبوته له إذا تسلط**

---

(١) من (ق) .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٨) .

(٤) يعني قضية الفسخ .

(٥) أي : يرجع إليه سليمًا .

(٦) في (ق) : « من » .

على إتلاف المعوض، كان تسليطه عليه متضمنًا إسقاط العوض»[(١)] .

وكذلك نقول إذا قال مالك العبد لإنسان : اقتله ، فقتله لم يلزم القاتل للمالك الآذن عوضًا ، وكذلك [١٤٣ن/أ] إذا قال للجاني : اقطع يدي ، فإذا قطعها لم يلزمه عوض[(٢)] ، ذكرها توجيهًا لقول القاضي : إن المفوضة إذا قالت لزوجها [١٢٨ق/ب] : طأني[(٣)] ولا مهر عليك ، أنه لا يمتنع أن نقول إذا وطئها [لا يجب المهر ، قال : وخرج القاضي هذا على قول الشافعي فيما إذا قال الراهن للمرتهن][(٤)] : أذنت لك في جماع هذه الجارية المرهونة فواقعها ظانًّا الحل : لا مهر ، انتهى .

والنظر هنا في مسائل :

- **منها** : ذهاب[(٥)] الإمام فيما إذا حفر الغاصب بئرًا ومنعه المالك من طمها[(٦)] أن منعه ليس رضىً بها ، وخالفه المتولي وهي قضية هذه القاعدة .

- **ومنها** : لو أذن أحد الشريكين للآخر في[(٧)] وطئ الجارية المشتركة لم يمتنع المهر مع أنه سلطه على إتلاف المعوض ، وهذه تستثنى من القاعدة مع ما فيها من أن المأذون [فيه][(٨)] ليس محض حق الآخر .

---

(١) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (٣٨٩/١) .

(٢) في (ن) و(ق) : «عوضًا» .

(٣) وقعت في (ن) : «طلقني» .

(٤) ما بين المعقوفتين من (س) .

(٥) في (ق) : «ذهب» .

(٦) وقعت في (ن) و(ق) : «وطئها» .
والطمُّ : من طممت البئر بالتراب طَمًّا من باب قتل : ملأتها حتى استوت مع الأرض ، وطمها التراب فعل بها ذلك ، وطم الأمر طمًّا علا وغلب ومنه قيل للقيامة : طامة . «المصباح المنير» (ص: ٢٢٦)

(٧) في (ن) و(ق) : «و» .

(٨) من (س) .

قاعـــدة

« الزائل العائد كالذي لم يزل ، أو كالذي لم يعد ؟ »[١] :

فيه خلاف في مسائل :

الأولى : لو سمع القاضي البينة ثم عُزل ثم وُلِّي فلا بد من استعادتها ، ولو خرج عن محل ولايته ثم عاد فهل يستعيدها ؟ ، فيه وجهان ، رجح الإمام أنه لا يستعيدها .

الثانية : لو زال ملك المتهب ممن له الرجوع ثم عاد ، فهل له الرجوع؟ وجهان ، أو قولان ، أصحهما : المنع ، وهذا في غير زوال الملك بالتخمير[٢] ، [في العصير][٣]، أما فيه فيعود قطعًا لأن[٤] سبب الملك في الحل[٥] هو ملك العصير المستفاد بالهبة ، وحكى بعضهم [وجهين في زوال الملك بالتخمير ، وخرجه بعضهم][٦] على القولين تفريعًا على الزوال بالتخمير[٧] .

الثالثة : عود الحنث في مسألة[٨] الطلاق .

الرابعة : عود الظهار .

---

(١) راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٥٠) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٢٧٦) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٣٧٥) ، « قواعد الزركشي » (٢/١٧٨) .

(٢) في (ن) : « بالتجهيز » .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ن) : « إلى » .

(٥) في (ن) : « الجهل » .

(٦) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٧) في (ن) : « بالتجهيز » .

(٨) في (ن) و(ق) : « ذلك » .

الخامسة : عود الإيلاء مع البينونة في المسائل الثلاث ، وبنى بعضهم على عود الحنث ما إذا ضُربت المدة للعنين في نكاح وفسخت ، أو أبانها بطلاق ثم تزوجها فإن في المسألة قولين[١] [أحدهما][٢] : أنه لا خيار لها ؛ لأنها عالمة ، وأصحهما : أنه يضرب [له][٣] المدة .

ثانيًا : ويقال : إنه الجديد ، والأول قديم ، ولا يصح البناء المذكور ؛ لأن عود الحنث أن يعود آثار ما كان في العقد الأول ، وههنا نقضت آثار الأول ، والثابت في الثاني أمر جديد [١٤٤ن/أ] بآثاره .

السادسة : لو انقطع دم المستحاضة بعد الوضوء ساعة تسع وضوءها وصلاتها ولم تصل ، فإنه يلزمها استئناف الوضوء لتقصيرها ، ولو انقطع فلم تدر أيعود أم لا ، إن كان لا يعد من عادتها العود فلها الشروع في الصلاة ، وإن دام الانقطاع يلزمها القضاء[٤] ، وإن عاد فوجهان .

السابعة : لو اشترى معيبًا [١٢٩ق/أ] وزال ملكه عنه قبل أن يعلم بالعيب ثم عاد إليه بإرث ، أو اتِّهاب ، أو قبول وصية ، أو إقالة ، فهل له[٥] رده على بائعه ؟ وجهان .

الثامنة : لو أفلس بالثمن وقد زال ملكه عن المبيع وعاد إليه ، فهل للبائع الفسخ ؟ فيه خلاف .

التاسعة : لو زال ملك المرأة عن الصداق وعاد ثم طلقها قبل المسيس ، فهل

---

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « فإن المسألة قولان » .

(٢) من (ق) .

(٣) من (ن) .

(٤) وإن كان يبعد من عادتها فعليها إعادة الوضوء ، فإن لم تنعل وصلت فإن دام الانقطاع لزمها القضاء .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « فله » .

يرجع في نصف العين، أو يبطل حقه فيها كما لو لم يعد، ويرجع إلى القيمة؟
وبقي مسائل أخرى:

الأولى: إذا فسق القاضي أو الوصي أو قيم اليتيم ثم تاب، هل تعود ولايته بمجرد التوبة؟ والأصح: لا، بخلاف الأب والجد؛ لأن ولايتهما شرعية [توصف][١] بالأبوية[٢].

الثانية: إذا قلنا ينعزل ولي المال بالفسق مثلًا، فلو زالت العدالة وسلبنا الولاية ثم عادت، هل تعود الولاية من غير نظر حاكم؟ فيه وجهان: أحدهما - وقال الإمام: إنه الذي يجب القطع به -: نعم، والثاني: لا حتى ينظر الحاكم فيه، فإن رآه أمينًا واستبرأه[٣]، عاد إلى حكم الولاية، ولا يشترط أن يقول: نصَّبتُكَ [وليًا][٤].

الثالثة: إذا كان لأحد زوجاته عليه حق مبيت ليال[٥] مثلًا، وطلقها طلاقًا بائنًا، ثم تزوجها بشرطه هل يجب عليه القضاء كأن النكاح لم يزل أم لا، كأنه لم يعد؟ فيه وجهان.

الرابعة: لو رهن عصيرًا أو قبضه فانقلب في يد المرتهن خمرًا فلا نقول: [إنها][٦] مرهونة، وللأصحاب خلاف، قال بعضهم: إن عاد خلًّا بان أن الرهن لم يبطل[٧]، وقال الجمهور: يبطل الرهن لخروجه عن المالية، ثم إذا عاد خلًّا عاد

---

(١) من (ق).
(٢) وقعت في (ن): «بالأنوثة».
(٣) في (ن): «واشتراه».
(٤) في (ق): «وأما».
(٥) في (ن): «حق مثبت لها»، وفي (ق): «حق مثبت لسائل».
(٦) من (ق).
(٧) وإلا بان أنه بطل.

الرهن كما عاد الملك، وحكى ابن كج عن أبي الطيب ابن[١] سلمة أنه يجيء فيه قول آخر [١٤٤ن/ب] بعدم العود إلا بعقد جديد، وقال [القاضي][٢] حسين: يجوز أن يجعل هذا على قياس عود الحنث، والمذهب: الأول، قال الرافعي: ويتبين بذلك أنهم لم يريدوا بطلان الرهن بالكلية، وإنما أرادوا ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية، وفيه نظر، فإنه لا معنى للبطلان إلا عدم ترتب الأثر، ولو انقلب المبيع خمرًا قبل القبض، فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد كانقلاب العصير المرهون خمرًا بعد القبض.

الخامسة: إذا زال إطلاق الماء بالتغير [١٢٩ق/ب] ثم عاد[٣] بنفسه، فهل تعود الطهورية؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم.

السادسة: يشترط في تعجيل الزكاة شروط:

- **منها**: أن يكون القابض في آخر الحول بصفة الاستحقاق، فلو حدث ما يخرجه عن الاستحقاق، [ثم عاد إلى صفة الاستحقاق][٤] في آخر الحول، لم يضر على [أصح][٥] الوجهين.

السابعة: إذا قلنا: موجب الفطرة[٦] مجموع الوقتين، فلو زال الملك عن العبد[٧] بعد الغروب وعاد قبل طلوع الفجر، ففي وجوب الفطرة ....

(١) في (ن): « ابن أبي ».

(٢) من (ن).

(٣) وقعت في (ن) و(ق): « زال »، والمثبت من (ك).

(٤) ما بين المعقوفتين من (ك).

(٥) من (ن).

(٦) وقعت في (ن): « القطع ».

(٧) في (ن): « العين ».

[وجهان][1]، [قال الإمام][2]: وهما ملتفتان[3] إلى أن الواهب هل يرجع فيما زال ملك المتهب عنه ثم عاد، والغزالي خرجها- أعني مسألة الرجوع- على القاعدة المذكورة.

الثامنة[4]: العبد المعلَّق عتقه على صفة إذا زال ملكه عنه ثم عاد، ففيه الخلاف في عود الحنث، والأقوى عدم العود، والمشهور الجزم بعدم عود الوصية فيما لو تصرف [الموصي في][5] الموصى به ثم عاد، فهل يعود التدبير؟[6]، فيه خلاف مبني على أن التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة.

التاسعة: إذا زالت الكفاءة ثم عادت وتخلل المهدر [بين الجرح والموت كما إذا جرح مسلمًا فارتد المجروح ثم عاد إلى الإسلام][7] ومات بالسراية، نص [في][8] «الأم» و«المختصر» على أنه لا يجب القصاص، وفيما إذا جرح ذمي ذميًا أو مستأمنًا، فنقض المجروح العهد والتجأ بدار الحرب ثم جدد العهد ومات بالسراية أنه يجب القصاص، وللأصحاب طريقان، أصحهما: في المسألة قولان، وكذلك نقل الأكثرون عن النص في «الأم» في مسألة نقض العهد، وجعل المحققون موجب عدم القصاص [انتهاؤه إلى حالة لو مات فيها لم يجب

---

(١) من (ن).
(٢) من (ق).
(٣) في (ن): «مبنيان».
(٤) المسألة الثامنة ساقطة بأكملها من (ق).
(٥) من (ك).
(٦) يعني: إذا كان العبد الموصى به مدبَّرًا.
(٧) ما بين المعقوفتين من (ك).
(٨) من (ق).

القصاص][1] ، فانتهض[2] ذلك شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ، والطريق الثاني تنزيل النصين على حالين ، فحيث وجب القصاص فهو [فيما إذا طالت مدة الإهدار بحيث يظهر أثر السراية ، وحيث انتفى القصاص فهو][3] فيما[4] لو قصرت [١٤٥ن/أ] وإن[5] قلنا بطريقة القولين ففيها طريقان ، أحدهما : تخصيصهما بما إذا قصرت المدة ، فإن طالت فلا قصاص قطعًا ، وهذه هي الطريقة الصحيحة عند المعظم[6] .

والطريق الثاني : طرد القولين[7] ، والصحيح منهما عند الشيخ أبي حامد ، والإمام ، وغيرهما قول المنع ، وعند صاحب « التهذيب » قول الوجوب ، وأما الدية [ففيها][8] قولان ، وثالث : مُخرج عن ابن سريج : الأصح وجوب كمال الدية ، والثالث : أن الواجب ثلثا الدية .

العاشرة : إذا فاتته صلاة في السفر فقضاها في سفرة [أخرى][9] فهل يقصر ؟ فيه طريقان : أصحهما : فيه[10] قولان : أصحهما : جواز القصر ، والثاني : القطع بالمنع .

الحادية عشرة : إذا اشترى الشقص بعبد مثلًا وتقابضا ، وأخذ الشفيع الشقص

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٢) وقعت في (ن) و(ق) : « فانتقض » ، والمثبت من (ك) .

(٣) من (ك).

(٤) في (ن): « كما».

(٥) في (ق) : « وإذا » .

(٦) في (ن) : « النظر » .

(٧) حكاهما القاضي ابن كج ، وابن سريج ، وابن سلمة ، وابن الوكيل .

(٨) من (ق) .

(٩) من (ن) .

(١٠) في (ق) : « أن فيه » .

ثم وجد البائع بالعبد عيبًا فرده، فليس له إلا قيمة الشقص على المذهب، فلو عاد الشقص إلى ملك المشتري [١٣٠ق/أ] بابتياع أو غيره فليس للبائع أخذ الشقص بغير رضى المشتري، وفيه وجه بناء على ما لو خرج المبيع من[1] ملك المشتري، ثم عاد، ثم اطلع[2] على عيب بالثمن.

الثانية عشرة: لو رهن بدَين [رهنًا][3] ثم اعتاض عنه عينًا انتقل الرهن؛ لتحول الحق من الذمة إلى العين، ثم لو تلفت العين قبيل التسليم يبطل[4] الاعتياض، ويعود الرهن كإعادة الدين، ولم يحكوا في هذه خلافًا.

قاعــدة

«الصداق هل يضمنه الزوج ضمان عقد أو ضمان يد»[5].

قولان أصحهما: الأول[6]، وقبل الخوض في فروع هذا الأصل لا بد من

---

(١) في (ن): «في».

(٢) في (ن): «أطلق».

(٣) من (ن).

(٤) في (ن): «بطل».

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٣٥٧)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٣٧١/١)، «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (٣٧٥/١)، «قواعد ابن رجب» (١٩٦/٢)، «قواعد الزركشي» (٣٣٢/٣).

(٦) وهو القول الجديد؛ ووجهه: أن الصداق مملوك بعقد معاوضة فكان في يد الزوج كالمبيع في يد البائع.
ووجه القديم: أن النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق، وما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكون مضمونًا ضمان اليد كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض، فإنه يضمنه ضمان اليد. «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٣٥٧)

مقدمة، وهي أن هذين القولين[١] مبنيان على أصل آخر، وهو أن الصداق نِحلة، أو عوض كعوض المبيع، فيه تردد عن الغزالي؛ لأن الغالب على الصداق مشابهة هذا أو ذاك، وصححوا الثاني[٢]، ويدل عليه أن قوله: زوجتك بكذا كقوله: بعتك بكذا، وبأن لها الرد بالعيب وذلك من أحكام الأعواض، وبأنها تحبس نفسها لتستوفيه، ووجه الآخر قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةًۭ﴾، وبأن النكاح لا يفسد بفساده، ولا ينفسخ بردِّه، وأجابوا عن الآية: بأنها تحتمل أن يكون المعنى عطية من عند اللَّه، وفيه نظر والجواب [١٤٥ن/ب] ضعيف لتأخر المجاز عن الحقيقة، وأما كون النكاح لا يفسد بفساده لكون الصداق [ليس][٣] ركنًا في النكاح لكنه إذا ثبت ثبت عوضًا، وأما بناء القولين على هذه المقدمة، فهذا التردد إن [كان][٤] من الإمام الشافعي فلا كلام، لكنه خلاف الاصطلاح[٥] وإن كان من الأصحاب، فكيف يبني نصَّ الإمام على رأي متبعه[٦]، وقد فعل ذلك في غير هذا المكان، وأما فروع القولين:

الأول: إذا قلنا إنه ضمان عقد لم يجز لها بيعه قبل القبض [كالبيع][٧] والإجارة[٨]، والثاني: إذا كان الصداق دَيْنًا، فإن قلنا: ضمان [يد][٩] جاز الاعتياض عنه، وإلا فالأظهر الجواز أيضًا كالاعتياض عن الثمن.

---

(١) في (ق): « القولان ».
(٢) أي: مشابهة الصداق لعوض المبيع.
(٣) سقطت من (ن).
(٤) سقطت من (ن).
(٥) في (ق): «الأصل»
(٦) في (ق): « منفعة ».
(٧) من (ك).
(٨) في (ن) و(ق): « وإلا جاز ».
(٩) سقطت من (ق).

الثالث : إذا تلف الصداق المعيَّن في يده، فإن قلنا [هي][1] ضمان عقد انفسخ عقد الصداق ، ويُقدَّر عود الملك قبل التلف ، حتى لو كان عبدًا [فعليه][2] مؤنة تجهيزه[3] ، وإن قلنا ضمان يد فهو تالف في ملكها وعليها تجهيزه ، ولا ينفسخ الصداق وعلى الزوج المثل إن كان مثليًا ، وإلا فالقيمة تقوم [١٣٠ق/ب] مقامه .

الرابع : إذا حدث فيه نقصان في يد الزوج ، فإن كان نقصان عين كتلف أحد الثوبين ، فلها الخيار في الثاني ، فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد ، وإلى قيمة العبدين على الآخر ، وإن أجازته في الباقي رجعت في التالف إلى حصة قيمته [من][4] مهر المثل على قول ضمان العقد، وإلى قيمة التالف في الآخر ، وإن [كان][5] نقصان صفة كعمى العبد وشلله ونسيانه الحرفة ، فللمرأة الخيار ، وقال ابن الوكيل : « لا »[6] على قول ضمان العقد ، وإن أجازت وقلنا بضمان اليد [فلها أرش][7] النقصان على الزوج، وإذا اطلعت على عيب قديم وأجازت ، وقلنا بضمان اليد، فللقاضي حسين تردد في أنه هل يثبت لها الأرش ، والظاهر أن لها ذلك ، فإنما رضيت على تقدير السلامة .

الخامس : إذا زاد الصداق في يد الزوج ، فإن كانت متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصنعة فهي تابعة للأصل، وإن كانت منفصلة كالولد والثمر وكسب الرقيق ، قال المتولي : إن [قلنا][8] ضمان يد فهي [١٤٦ن/أ] للمرأة ، وإلا فوجهان كزوائد

---

(١) من (ق) .
(٢) سقطت من (ن) .
(٣) في (ق) : « في تجهيزه » .
(٤) سقطت من (ن) .
(٥) سقطت من (ق) .
(٦) في (ن) و(ق) : « إلا » .
(٧) تكرر ما بين المعقوفتين في (ن) و(ق) .
(٨) في (ن) : « كان » .

المبيع قبل القبض، والأصح : أنها للمرأة، وللمشتري، وإذا قلنا : هي للمرأة فهلكت في يده أو زالت المتصلة فلا ضمان على الزوج، إلا إذا قلنا بضمان اليد، وقلنا : إنه يضمن ضمان المغصوب.

السادس : المنافع الفائتة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا : بضمان العقد، وإن طالبته بالتسليم فامتنع، وإن قلنا بضمان اليد فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع، وأما المنافع التي استوفاها وفوتها بالركوب والاستخدام لم يضمنها أيضًا على قول ضمان العقد إن قلنا : جناية [البائع][1] كالآفة السماوية، وإن قلنا كالأجنبي، أو قلنا بضمان اليد فيضمنها بأجرة المثل.

السابع : إذا أصدقها نصابًا ولم يقبضه ثم حال الحول فتجب عليها الزكاة، وفيه وجه تفريعًا[2] على أن الصداق [مضمون][3] ضمان العقد : لا يجب كالبيع قبل القبض.

قاعــدة

« النكاح لا يفسد بفساد الصداق »[4].

وحكى الإمام قبيل باب الخلع في المرض فيما إذا وُكِّل بنكاح امرأة وسمى مهرًا فزاد [الوكيل][5] : أن اختيار الشيخ- يعني القفال ؛ فإن في كلامه إشارة إليه- أن النكاح لا ينعقد، وقال بعض [١٣١ق/أ] الأصحاب : ينعقد، والرجوع إلى مهر المثل

(١) سقطت من (ن).

(٢) في (ن) و(ق) : « تفريع ».

(٣) سقطت من (ن) و(ق) .، وهي من (ك)

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٦٧/١)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨١٣/٢)، « قواعد الزركشي » (١٤/٣).

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « الاختيار »، والمثبت من (س).

والحكم بالانعقاد بعيد في هذا الطرف ، وذكر صاحب « البيان » المسألة في باب ما يصح به النكاح ، وقال الصيمري : « قال شيخ من أصحابنا : يبطل النكاح ، والصحيح أنه يصح ، ولها مهر مثلها » ، وفي الرافعي قبيل الفصل السادس : فيما يجب على الولي : « ولو وكل رجلًا بقبول نكاح امرأة وسمى مهرًا لم يصح القبول بما زاد عليه » .

قواعد متعلقة بأول[١] النكاح

قاعـــدة

« **متى حرم النظر حرم المس** »[٢] ؛ لأنه أبلغ في اللذة ، نعم يباح لفصد وعلاج ، ومنه الطبيب إذا احتاج إليه فيباح فيه مقدار الحاجة فقط ، وفرج الزوجة والمملوكة مسه يباح قطعًا ، وكذا النظر بلذة على الأصح .

قاعـــدة

ضابط المحرَم المشهور[٣] يستثني أمهات المؤمنين فلسن من[٤] المحارم كما دل عليه كلام الرافعي في الظهار، وصرح به غيره .

---

(١) في (ق) : « بأوائل » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٤٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٧) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨١١) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/٨٧) ، « قواعد الزركشي » (٣/١١٤) .

(٣) وهو : كل من حرم نكاحها على التأبيد بسبب مباح لحرمتها فهي محرم يجوز النظر إليها ، ويختلي بها ، ولا تنقض الوضوء . « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٧- ٣٦٨) .

(٤) في (ن) : « بين » .

قاعــدة

« **داعية الطبع تجزئ عن**[1] **تكليف** [١٤٦ن/ب] **الشرع** »[2] ، وبعضهم يقول : «الوازع الطبيعي مغنٍ عن الإيجاب الشرعي» ، وعبر [عنه][3] شيخنا[4] ؛ بأن «الإنسان يحال على[5] طبعه ما لم يقم مانع » ، ومن ثم لم يرتب الشرع على شرب البول [والدم][6]، وأكل العذرة ، والقيء حدًّا اكتفاء بنفرة الطباع عنها ، بخلاف الخمر والزنا والسرقة ؛ لقيام دواعيها ، فلولا الحد لعمت مفاسدها ، وفي القاعدة مسائل :

- **منها** : القَسْم[7] أصله غير واجب .

- **ومنها** : الوطء فهو غير واجب ، وشذ من قال بإيجاب وطئه[8] ، وأخذ بتقرير المهر، وقضاء الوطأة في القسم فيما إذا دخل في نوبة واحدة ووطئها ، أما المولى فواجبه [أحد][9] الأمرين الوطء أو الطلاق .

- **ومنها** : عدم اشتراط العدالة [في ولاية النكاح على وجه اختاره كثير من

---

(١) في (ن) : « تجري على » .
(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٦٨/١) ، « قواعد الأحكام » للعز بن عبد السلام (١٦٤/١) .
(٣) من (ق) .
(٤) يعني : الشيخ تقي الدين السبكي .
(٥) في (ن) : « عن » .
(٦) من (ق) .
(٧) أي بين الزوجات .
(٨) أي : الوطأة الأولى لزوجته.
(٩) سقطت من (ن) .

أصحابنا، منهم الشيخ][1] عز الدين بن عبد السلام معللًا بأن الوازع الطبعي يزع[2] عن التقصير في حق المولى عليه.

- **ومنها**: عدم وجوب الحد بوطء الميتة وهو الأصح؛ لأنه مما ينفر عنه الطبع لا حاجة إلى الزجر عنه.

- **ومنها**: ليس النكاح من فروض الكفايات، خلافًا لبعض الأصحاب، ومستند هذا الوجه النظر [إلى بقاء النسل][3]، لكن في النفوس من الشهوة ما يبعثها على ذلك، فلا حاجة إلى إيجابه.

ومن القواعد: أن الإنسان يُحال على طبعه ما لم يقم مانع، فلو رغب أهل قطر عن سنة النكاح فلا يبعد [قتالهم][4] عليه، وإن لم [يكن][5] واجبًا.

- وإقرار الفاسق على نفسه مقبول؛ لأن الطبع يزعه عن الكذب فيما يضر نفسه أو ماله أو عرضه.

قاعـــدة

«**لا يزوِّج مسلم كافرة**»[6] إلا في صور:

- **منها**: [كافرة][7] [١٣١ق/ب] لا وليَّ لها مناسب فيزوجها الحاكم

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

(٢) في (ن): «يدعي».

(٣) من (س).

(٤) سقطت من (ن).

(٥) سقطت من (ن).

(٦) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٦٩)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٨١١).

(٧) سقطت من (ن).

[بالحكم][1] ؛ لأن المسلمة والكافرة يستويان في الحكم .

قاعـــدة

قال الإمام في الكلام على تقديم الطعام للضيف في الوليمة : « **ليس في الشرع إباحة تفضي إلى اللزوم إلا في النكاح** » .

فإنا قد نختار أن المعقود عليه في النكاح ليس مملوكًا ، وإنما هو مستباح فيستحق[2] ، ذكره ردًّا على والده[3] في تصحيحه أن الضيف لا يملك ، وأن الوجوه المحكية في القديم في أنه بماذا يملك ؟ وجوه في أن[4] الإباحة[5] هل تلزم حتى لا يكون للمضيف رجوع ، قال الإمام : « وهذا لا بأس به ، ولكن [١٤٧ن/ب] الأصح أن الإباحة لا تنتهي إلى اللزوم ما لم يَفُتِ[6] المستباح » ، ثم ذكر هذه [القاعدة][7] ، وقد يضم[8] إليها[9] الصور التي تلزم فيها العارية ، فإنها إباحة تُفضي إلى اللزوم ، [وهل المعنى بالإفضاء إلى اللزوم][10] في نفسها على المبيح ، فإن المرأة يلزمها بدل العضو المستباح بحق ، والمعير في الصور المشار إليها يلزمه أيضًا حكم العارية ، أو المعنى : يفضي إلى اللزوم من جهة المستبيح ، فإن الزوج تلزمه

(١) من (ن) .
(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٦٩) .
(٣) يعني : أبا محمد الجويني .
(٤) في (ن) : « وجه أن » .
(٥) في (ن) : « في الإباحة » .
(٦) في (ق) : « يعب » .
(٧) من (ن) .
(٨) في (ن) : « ضم » .
(٩) أي : إلى مسألة النكاح .
(١٠) ما بين المعقوفتين من (ق) .

لوازم النكاح من المهر وغيره ، ولذلك قال البغوي : « قد يكون الشيء غير واجب ، ويقتضي واجبًا كالنكاح يقتضي النفقة والمهر » ذكره في الكلام على ركعتي الطواف ، وفيه نظر ، وعلى هذا ينضم إلى النكاح إعارة الدلو لاستقاء المحدث الماء ، والسترة للعاري في الصلاة ، فإنه يلزمه قبولها على الأصح .

أو معناه[١] : اللزوم من الطرفين[٢] حتى لا يجوز للمبيح الرجوع ولا للمستبيح الرد ، و[على][٣] هذا يضم إلى النكاح إعارة الدلو والرشاء ، وللمعير العوض ، كما صرح به القاضي حسين حيث [قال :][٤] يتعين عليه [الإعارة كما يتعين على المستعير ، ويجب ، وعلى هذا لا يتم رد الإمام على والده][٥] ، [فإنه][٦] وإن منع الضيف من الرجوع فلا سبيل [له][٧] إلى القول بأن المضاف يتعين عليه القبول والأكل[٨] .

ثم هذا منه والحالة هذه [قول][٩] بأن النكاح من العقود اللازمة من الطرفين ، وهو ما ادعاه النووي، وقال : « يُمكن الزوج من رفعه[١٠] كتمكن المشتري [من][١١] إزالة الملك[١٢] ، والمعروف في المذهب[١٣] أن النكاح عقد جائز ، وحكى ابن الصباغ في كتاب الوكالة وجهين في أنه لازم أو جائز » .

---

(١) في (ن) و(ق) : « منعناه » .
(٢) في (ن) : « الطريقين » .
(٣) سقطت من (ن) و(ق) ، والمثبت من (س) .
(٤) من (س) .
(٥) ما بين المعقوفتين من (ق) .
(٦) من (س) .
(٧) سقطت من (ن) .
(٨) في (ن) : « إلا الأكل » ، وفي (ق) : « لا الأكل » ، والمثبت من (س) .
(٩) من (ق) .
(١٠) في (ن) و(ق) : « زوجته » ، والمثبت من (س) .
(١١) سقطت من (ن) و(ق) .
(١٢) أي : بالبيع .
(١٣) في (ق) : « المهذب » .

قاعـــدة

« **فرقة النكاح قبل الدخول إن كانت بسبب من جهة الزوج كطلاقه وإسلامه وردته** [١٣٢ق/أ] **يسقط نصف المهر، وإن كان من جهتها كإسلامها وردتها يسقط جميعه** »[١]، واستشكل على هذا الفسخ بالعيب قبل الدخول، فإنه يسقط جميع المهر سواء فسخ[٢] هو بعيبها أو فسخت هي بعيبه؛ لأنها هي المختارة، قال النووي في « رؤوس المسائل » : « وهذه المسألة مشكلة »، وهو كما قال؛ فإن الفسخ بالعيب إما أن يغلب فيه جانب الفاسخ أو جانب مَنْ به العيب، وعلى التقديرين[٣] لا يسقط جميع المهر بكل حال، وإنما يسقط كله في حال، ونصفه في حال، ثم أجاب النووي، وهو مأخوذ من كلام الشيخ عز الدين- : بأن مقتضى الفسوخ ترادُّ العوضين من [١٤٧ن/ب] الجانبين، وقد رد[٤] عليها الزوج بُضعها بكماله[٥]، وأما الطلاق، فإنما بقي لها فيه نصف المهر؛ لأنه ليس فسخًا، وإنما هو تصرف في الملك.

وأما وجوب النصف بإسلامه وردته فلتشبهه بالطلاق من حيث إيذاؤها وكسرها بذلك من [غير][٦] سبب من جهتها، فوجب النصف جبرًا لذلك،

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧١)، « القواعد » لابن رجب (٣/١٣٩).

(٢) في (ن) : « فسخت ».

(٣) في (ن) و(ق) : « التقدير ».

(٤) في (ن) و(ق) : « يرد ».

(٥) أي : فيرد عليها المهر بكماله.

(٦) سقطت من (ن).

بخلاف الفسخ فهي المختارة فلم يحصل لها أذى ، بل حصل لها سرور ، بتحصيل غرضها ، وإن فسخ الزوج فهي سببه ، فالأذى حصل بسببها .

أما إذا كان الفسخ بسببهما جميعًا كردتهما معًا ، والخلع الواقع بينهما ، فالأصح التشطير .

وإن كان لا من جهة واحدة [منهما][1] وهي مسألة ابن الحداد والقفال ولم يذكرها الرافعي في الصداق في التشطير ، وابن الحداد يقول فيها بالسقوط دائمًا ، والقفال يقول بالتشطير .

[و]فيها صور :

- **منها** : إذا أسلم أبو الصغيرة فتبعته[2] انفسخ النكاح ، قال [ابن][3] الحداد : يسقط ، وقال القفال : يتشطر ، كذلك نص عليه في « شرح الفروع » ، ونقله الشيخ أبو علي والإمام عن بعض الأصحاب ، ولم [يصرحا][4] بذكر القفال ، وكذا حكاه[5] في « الكفاية » أعني الخلاف بغير ذكر القفال ، ومقتضى كلام الرافعي الجزم بقول ابن الحداد في هذه ، قال في باب المتعة فيما إذا وقع إسلامهما معًا : إنه لا متعة[6] ، جعل ذلك فرقة جاءت من جهتها ، لكن رجح فيما إذا ورث زوجته أو بعضها عدم سقوط المهر ، وصرح بمخالفة ابن الحداد فيه ، وهو مقتضى إيجاب الشطر ، كذا قاله في النكاح في الدوريات .

---

(١) من (ق) .

(٢) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «أبو الصغير فتبعه».

(٣) سقطت من (ق) .

(٤) سقطت من (ق) .

(٥) أي : ابن الرفعة .

(٦) في (ق) : « يتبعه » .

قاعـــدة

قال الرافعي في باب نكاح [١٣٢ق/ب] المشرك : ذكر الأصحاب عبارة جامعة ، فقالوا : « **الرق والحرية إذا تبدل أحدهما بالآخر ، فإن بقي من العدد المعلق بكل واحد من الزائل والطارئ [شيء][1] من أثر الطارئ ، وكان الثابت العدد المعلق به زائدًا كان أو ناقصًا ، و[إن][2] لم يبق منهما جميعًا لم يؤثر الطارئ ولم يغير حكمًا** »[3] .

ذكر ذلك فيما إذا كان تحت الكافر إماء فأسلم معه ثنتان ثم عتق، ثم أسلمت[4] الباقيات، [فإنه ليس له إلا اختيار اثنتين، وإن أسلمت[5] واحدة ثم عتق ثم أسلمت الباقيات][6] فله اختيار أربع [١٤٨ن/أ]، والفرق أنه إذا لم [يسلم][7] معه إلا واحدة لم يكمل عدد العبيد ، فإذا عتق فله استيفاء ما للأحرار[8]، بخلاف ما إذا أسلمت اثنتان .

قال[9] : وشبهوا[10] الصورتين بما إذا طلق العبد امرأته طلقتين ثم عتق ، لم

---

(١) من (س) .
(٢) من (ق) .
(٣) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٢) .
(٤) في (ن) : « أسلم » .
(٥) في (ن) : « أسلم » .
(٦) ما بين المعقوفتين من (ن) .
(٧) سقطت من (ق) .
(٨) في (ن) : « مالك الأحرار » .
(٩) أي : الرافعي .
(١٠) في (ن) و(ق) : « ومشهور » ، والمثبت من (س) .

يملك بالعتق إلا طلقة ثالثة ، بخلاف ما لو طلق طلقة ثم عتق ، وبما إذا أعتقت الأمة في عدة الطلاق قبل كمال قرءين ، فإنها تكمل ثلاثة أقراء ، وإن أعتقت بعد تمامها [لم يلزمها شيء][1] ، فالأصح أن الطلاق وإن كان بائنًا لم تكمل ثلاثة أقراء ، بل تكتفي بقرءين .

وعلى هذين الأصلين قال ابن الحداد : لو طلق الذمي زوجته طلقتين ثم التحق بدار الحرب ناقضًا للعهد فسبى واسترق ونكح تلك المرأة بإذن مالكه[2] يملك عليها طلقة ؛ لأنه بقي من العدد الزائل شيء ولم يبق من العدد الطارئ شيء ، فلم يؤثر الطارئ[3] ، ولو كان قد طلقها طلقة فإذا نكحها لا يملك عليها إلا طلقة ؛ لأنه بقي من عدد الزائل طلقتان ، ومن عدد الطارئ طلقة ، فكان الثابت حكم الطارئ ، وهو الرق هنا ، وهو الصحيح عند الأصحاب .

غير أن الشيخ أبا[4] علي استدرك[5] على ابن الحداد اشتراط إلحاق الذمي بدار الحرب ؛ [لأن استرقاقه ليس موقوفًا على ذلك ، فإنه قد يفعل ما ينقض العهد ويُسترق ، وإذا لم يلحق[6] بدار [الحرب][7]][8] ، أو لعله يرى أن [من][9] ينقض

(١) في (ن) و(ق) : « لزمها شيء » .
(٢) في (ن) : « مالكها » .
(٣) زاد في (ق) في هذا الموضع : « لم يكن » .
(٤) وقعت في (ن) : « أبو » .
(٥) في (ن) : « استدل » .
(٦) في (ن) : « يلحقه » .
(٧) من (س) .
(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .
(٩) من (س) .

عهده بغير قتال يرد إلى مأمنه، وهو أحد القولين.

وقد يقال: إن ذلك[١] ليس [على سبيل التقييد للمسألة، بل][٢] لكونه الغالب في الوقوع، إذا عرفت هذا، يستثنى منها مسائل:

- **منها**: العبد إذا زنى فأقيم عليه بعض الحد وبقي عليه عشرة[٣]، ثم عتق فإنه لا يقام عليه تمام حد الأحرار بل تمام الخمسين[٤] فقط.

- **ومنها**: الذمي إذا زنى فأقيم عليه أربعون أيضًا، ثم التحق بدار الحرب، ثم استرق؛ فإنه لا يكمل حد الأحرار بل حد العبيد، وقياس القاعدة تكميل حد الأحرار، كذا نقله القاضي الحسين، وأقره ابن [١٣٣ق/أ] الرفعة، ولا يتجه إلا على القول بأن الذمي إذا زنى ثم أسلم يُحد وهو رأي أبي ثور[٥]، والذي نص عليه [الإمام][٦] الشافعي خلافه[٧]، وحكى الدارمي فيه وجهين، وإذا كان الحد [يسقط][٨] بتمامه فسقوط [١٤٨ن/ب] ما بقي منه أولى.

---

(١) أي اللحوق بدار الحرب الذي ذكره ابن الحداد.

(٢) كذا من (س)، وفي (ق): «للتبديل»، وفي (ن): «للتنزيل».

(٣) في (ن) و(ق): «غيره»، والمثبت من (س).

(٤) أي: الخمسين جلدة.

(٥) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان، أبو ثور- وقيل: كنيته: أبو عبد الله ولقبه: أبو ثور الكلبي البغدادي، الفقيه العلامة، أخذ الفقه عن الشافعي وغيره، كان أحد الثقات المأمونين، ومن الأئمة الأعلام في الدين، كان أولًا يتفقه بالرأي ويذهب إلى قول أهل العراق، حتى قدم الشافعي بغداد فاختلف إليه، ورجع عن الرأي إلى الحديث، توفى سنة أربعين ومائتين (٢٤٠هـ)، راجع ترجمته في: «طبقات الفقهاء الشافعية» لابن قاضي شهبة (١/٢٥- رقم ١).

(٦) من (ن).

(٧) أي: أنه يسقط عنه الحد بالإسلام، نقله النووي عن ابن المنذر.

(٨) سقطتَ من (ق).

- **ومنها** : إذا نكح أمة وقلنا : إن لها نصف ما للحرة من الثلاث أو السبع في حق الزفاف ، فعتقت بعد ما بات عندها ، فإنه[١] لا يكمل لها ما للحرة ، ذكره الرافعي في بابه[٢] .

- **ومنها** : لو عتقت الأمة المطلقة في عدة الطلاق البائن تكمل عدة أمة لا عدة حرة على الجديد [الصحيح][٣] .

قاعـــدة

« **الزيادة المتصلة تتبع الأصل إلا في الصداق** »[٤]، صرح به الأصحاب ، ونعني بذلك أنه إذا ثبت الرجوع في عين فزيدت زيادة متصلة كالسمن ، وتعلم القرآن ، والحرفة ، لم تمنع تلك الزيادة الاستقلال بالرجوع ، كما إذا أفلس المشتري بالثمن، فإن البائع يرجع في المبيع بزيادته المتصلة[٥] ، وكذا الواهب في الموهوب ، والمشتري إذا ردَّ المبيع بعيب ، يرجع في العوض مع الزيادة المتصلة ، ولا كذلك الصداق ، فإن الزيادة المتصلة فيه تمنع استقلال الزوج بالرجوع حيث يثبت له الرجوع في نصف الصداق ويثبت لها الخيار ، فإن[٦] أبت لم يُجبر ، ويعدل الزوج إلى نصف القيمة من غير تلك الزيادة ، وإن سمحت أجبر على القبول على الصحيح ، فصار الصداق مستثنى من قولهم : « إن الزيادة المتصلة تتبع الأصل » .

ويستثنى أيضًا على وجه : الهبة المطلقة إذا قلنا تقتضي الثواب ، فلم يُثِب وكان للواهب الرجوع بدون الزيادة المنفصلة ، وكذا المتصلة- حكي وجه- فيبذل

---

(١) في (ن) : « لكنه » .

(٢) يعني : باب عشرة النساء .

(٣) من (ن) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٥) ، « قواعد الزركشي » (٢/١٨٢)، «قواعد ابن عبد السلام» (١/٢٧٤) .

(٥) في (ن) و(ق): « بزيادة متصلة » .

(٦) في (ن) : « فإذا » .

الموهوب له القيمة ويمسك الموهوب ، والأصح خلافه جريًا على القاعدة، ويستثنى أيضًا ما ذكره الدارمي في « استذكاره » : اللقطة بعد التملُّك إذا جاء صاحبها وقد زادت زيادة غير متميزة ، فإنه ذكر أن له الخيار بين إعطائها زائدة أو القيمة ، وهو غريب ، والمجزوم به في الرافعي و« الروضة »[١] : أنها[٢] تتبع اللقطة .

قاعـــدة

قال الرافعي في باب القسم والنشوز وتبعه[٣] في « الروضة » : «**اجتماع الحرة ، والأمة إنما يتصور بأن ينكح حرة على أمة ، وكذلك في** [١٣٣ق/ب] **السبب الثاني في تجديد النكاح، حيث قال : ولا يتصور إلا في العبد ، فإن له أن يدخل الأمة على الحرة**» ويتصور ما ذكره فيما[٤] [١٤٩ن/أ] إذا كان تحته حرة[٥] لا تعُفُّه ؛ كالرتقاء والقرناء[٦] .

قاعـــدة[٧]

« **ما اجتمع الحلال والحرام إلا غَلَب الحرامُ الحلال**[٨] »[٩] .

(١) وبه جزم ابن الرفعة والسبكي أيضًا .

(٢) أي : الزيادة المتصلة .

(٣) أي : الإمام النووي .

(٤) في (ق) : « فيه ما » .

(٥) في (ق) : « على لا » .

(٦) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (٣٧٧/١).

(٧) في (ن) : « فائدة » .

(٨) في (ن) : « إلا غلب الحلال الحرام » .

(٩) وهذه القاعدة من القواعد المهمة المتصلة بمبحث التعارض والترجيح سارية في باب الحلال =

وهذا حديث رواه جابر الجعفي ، وهو ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود ، وهو منقطع كما قال البيهقي[(١)(٢)] ، وعورض بحديث ابن عمر مرفوعًا : « **لا يحرِّمُ الحرامُ الحلالَ** » أخرجه ابن ماجه[(٣)] ، والدارقطني[(٤)] ، ولا معارضة ؛ لأن المحكوم به في الأول إعطاء الحلال حكم الحرام تغليبًا واحتياطًا ، لا صيرورته في نفسه حرامًا ، ومن ثم لو اشتبهت منكوحته[(٥)] بأجنبيات محظورات لم تحل ، وإذا أكل الكلب المعلم من الصيد : فالأظهر تحريمه؛ لحديث عدي بن حاتم[(٦)] ، وإذا

= والحرام ، يتمثل فيها جانب الاحتياط في الدين وينبغي التمسك بها في كثير من الأحكام ؛ لأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات . راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ١١٧، ٣٨٠) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/ ٢٥٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/ ١٠٩) ، « قواعد الزركشي » (١/ ١٢٣) ، « القواعد الفقهية » للندوي ص (٣٠٩) .

(١) في (ق) : « البغوي » .

(٢) قال السيوطي : « قال الحافظ أبو الفضل العراقي : ولا أصل له ، وقال السبكي في « الأشباه والنظائر » : نقلًا عن البيهقي ، وهو حديث رواه جابر الجعفي- رجل ضعيف- عن الشعبي عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وهو منقطع .
قلت : أخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه ، وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع » « الأشباه والنظائر » (١/ ٢٥٢) .
والحديث أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » [كتاب النكاح- باب الزنا لا يحرم الحلال- ١/ ١٦٩]

(٣) أخرجه ابن ماجه في « السنن » [كتاب النكاح - باب لا يحرم الحرام الحلال- حديث رقم (٢٠١٥)] .

(٤) أخرجه الدارقطني في « السنن » [كتاب النكاح- باب المهر- حديث رقم (٨٩)] .

(٥) وقعت في (ن) : « محرمية » ، وفي (ق) : « محرمة » ، والتصويب من (س) .

(٦) أنه قال : سألت النبي ﷺ فقال : « إذا أرسلت كلبك المعلَّم فقتل فكُل ، وإذا أكل فلا تأكل =

أصاب صيدًا ثم غاب [عنه][1] ثم وجده ميتًا وليس فيه أثر غير سهمه؛ فالمرجح عند الجمهور التحريم، ورجح النووي الحل[2].

وشذ عن القاعدة مسائل:

منها: إذا رمى سهمًا إلى طائر فجرحه ووقع ثم وُجد ميتًا، فإنه يحل.

- **ومنها**: إذا كان الثوب منسوجًا من كتان وحرير على السواء؛ فالأصح حله.

- **ومنها**: إذا اختلط ملكه بملك غيره وعسر التمييز.

- [**ومنها**:][3] إذا اختلطت [حمامة][4] واحدة بحماماته فله أن يأكل بالاجتهاد[5] واحدة واحدة، حتى تبقى واحدة كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره، فالذي حكاه الروياني أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصالح[6] ذلك [الغير][7] أو يقاسمه.

= فإنما أمسكه على نفسه» قلت: «أُرسل كلبي فأجد معه كلبًا آخر، قال: فلا تأكل، فإنما سمَّيت على: كلبك ولم تسم على كلب آخر»، أخرجه البخاري في «الصحيح» [كتاب الوضوء- باب الماء الذي يُغسل به شعر الإنسان- حديث رقم (١٧٥)]، ومسلم في «الصحيح» [كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان- باب الصيد بالكلاب المعلمة- حديث رقم (١٩٢٩)].

(١) من (ن).

(٢) في (ن) و(ق): «الحكم».

(٣) في (ق): «كما».

(٤) من (ق).

(٥) في (ن): «فله ألا يأكل إلا باجتهاد».

(٦) في (ن) و(ق): «يصلح».

(٧) سقطت من (ق).

قاعـــدة

« الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم »[١].

خلافًا للإمام مالك وبعض أصحابنا، كما تدل عليه فروعهم، ولم يثبت لنا قطُّ في مسألة من المسائل أن اعتقادهم يؤثر في حل ولا حرمة ولا ملك ولا عدم ملك، وقد نص [الإمام][٢] الشافعي والأصحاب على أن الكتابي لو ذبح حيوانًا يرى تحريمه كالإبل ونحن نرى الحل جاز لنا أكله، خلافًا للإمام مالك، وهذا مما يدل على أنه لا اعتبار[٣] باعتقادهم أصلًا، و[قد][٤] تردد العلماء [في أن ذلك يكون حرامًا عليهم لا بشرعهم بل بكونهم لم يؤمنوا، أو لا يكون حرامًا عليهم][٥]؛ لأنه قد نسخ، وكلام [الإمام][٦] الشافعي يقتضي الثاني، وعلى القاعدة تتخرج مسائل:

- **منها**: إذا أتانا الذمي بما نتيقن أنه من ثمن خمر عن الجزية، قال [الإمام][٧] [مالك][٨]: يؤخذ، وقال أصحابنا: لا، وحكوا وجهين [١٣٤ق/أ] فيما إذا [كان][٩]

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ٢٧٤، ٣٩٠)، « قواعد الزركشي » (٣/٩٩).

(٢) من (ن).

(٣) في (ن): « على أن الاعتبار ».

(٤) من (ن).

(٥) ما بين المعقوفتين من (س).

(٦) من (ن).

(٧) من (ن).

(٨) سقطت من (ن).

(٩) من (س).

[دين][١] لمسلم[٢] على ذمي ، فباع الذمي خمرًا [تخصه][٣] بحضرته [١٤٩ن/ ب] وقبض ثمنها ودفعه إلى المسلم عن دينه ، هل يجبر على قبوله ؟ أصحهما : لا[٤] ، بل لا يجوز له[٥] القبول ، ونص عليه في « الأم » ، وقطع به الغزالي ، وجعل محل الوجهين ، إذا قال : إنها من ثمن خمر ، لأنه قد يكذب ، وينبغي أن يكون محلهما بعد[٦] ملك الدراهم ، فالأصح : لا[٧] ، ولا يجوز قبوله ، وينبغي إجراؤهما في الذمي يحضر ثمن الخمر عن الجزية .

- **ومنها** : إذا ذبح الكافر حيوانًا وفتش كبده فوجده ممنوًا أي ملصوق الكبد بالأضلاع ، قال [الإمام][٨] مالك : يحرم لكونه حرامًا عندهم ، وقال أصحابنا : لا يحرم .

- **ومنها** : لو غصب ذميٌّ ذمية واتخذها زوجة وهم يعتقدون غصبها نكاحًا لم يقر ؛ لأن على الإمام دفع قهر بعضهم بعضًا ، بخلاف الحربي والمستأمن ، فإن الصحيح التقرير ، إذ ليس إلا إقامة الفعل مقام القول فأشبه سائر وجوه الفساد ، وقال القفال : « لا يُقرُّ[٩] إذ لا عقد » ، وهو أقرب إلى القاعدة .

---

(١) سقطت من (ن) .
(٢) في (ن) : « أسلم » ، وفي (ق) : « المسلم » .
(٣) من (ن) .
(٤) صححه الرافعي ، والنووي ، والسبكي .
(٥) في (ن) و(ق) : « أما » .
(٦) في (ق) : « هل » .
(٧) أي : أن الأصح أن ثمن الخمر لا يملك .
(٨) من (ن) .
(٩) في (ن) : « نقره » .

- **ومنها** : لا فرق عندنا في حل ذبائح أهل الكتاب بين ما اعتقدوا إباحته؛ كالبقر والغنم، أو تحريمه كالإبل، خلافًا للإمام مالك كما سلف، ولا بين من يعتقد من اليهود أن [عزيزًا][1] ابن اللَّه، ومن النصارى أن المسيح ابنه، أو لا [كما][2] قال الأكثرون من أصحابنا فيما نقل الماوردي، وحكى وجهًا آخر: أنه لا تحل ذبائحهم قال: « وهو الأظهر عندي وبه أقول؛ لأن هؤلاء كالمرتدين فيما بين اليهود والنصارى، وليس هذا من أصل دينهم الحق »، ويستثنى من القاعدة مسائل:

- **منها** : نكح مشركة مفوضة وهم يعتقدون [أن لا مهر لها بحال، فأسلما فلا مهر، وإن كان إسلامهما قبل الدخول لأنه استحق][3] وطأً بلا مهر.

قاعـــدة[4]

« **لا يجوز للمسلم[5] أن يدفع مالًا إلى الكفار المحاربين** »[6] إلا في ثلاث صور، قال[7] أبو حامد:

الأولى : إذا اختلط العدو بنا، وفيهم[8] ضعف عن مقاومتهم.

الثانية : إذا كان في يد الكفار أسرى من المسلمين فيجوز للمسلمين افتداؤهم منهم بالمال، قال الروياني: وفي وجوبه وجهان، أصلهما المضطر إلى الميتة، هل

---

(١) في (ق) : « عيسى ».
(٢) سقطت من (ن) و(ق) .، وهي من (س)
(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).
(٤) في (ن) : « فائدة ».
(٥) في (ن): «لمسلم».
(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٨٦).
(٧) في (ق) : « كما قال ».
(٨) أي : وفي المسلمين.

يجوز له الأكل أو يجب؟ والمجزوم به في الرافعي وغيره [١٥٠ن/أ] أن فداءه[١] مستحب، وهو في الآحاد، وأظهر منه في الإمام، فإنه ينبغي الجزم بالوجوب في حقه، والتخريج على أكل الميتة [١٣٤ق/ب] فيه نظر خوف الذُّل.

الثالثة: لو قال الأسير للكافر: أطلقني على كذا ففعل، أو قال له الكافر افتد نفسك بكذا ففعل لزمه ما التزم.

وإذا جاءت امرأة من الكفار مسلمة في زمن الهدنة [و][٢] كانت مزوجة[٣] فيهم غرم الإمام مهرها على أحد القولين، والصحيح: المنع.

وإذا قال كافر للإمام: أدلك على قلعة كذا على أن تعطيني منها كذا، فعاقده على ذلك، جاز[٤] والله أعلم.

❋ ❋ ❋

---

(١) أي: الأسير.

(٢) من (س).

(٣) في (ق): «من وجه».

(٤) وتسمى هذه عند الشافعية مسألة العلج.

كتاب الطلاق

فائدة[١] : **النبي ﷺ إذا أمر بأمر أو نهى عن شيء [فلا يخلو]**[٢] **إما أن يكون بلفظ التخاطب أو لا**[٣] ، **فإن كان كحديث : « إن اللّٰه ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم**[٤] »[٥] ، وكحديث : « **لا تستقبلوا القبلة ببول ولا غائط** »[٦] ، وكنهيه عن تسمية العنب كرمًا[٧] ، فلا يدخل[٨] في هذا الخطاب ؛ لأن الصيغة تختص بالمخاطب ، وعن بعضهم دخوله ، وهو في غاية الشذوذ ، وهو قريب من قول [السادة][٩] الحنابلة : إن الخطاب مع الموجودين يتناول من يحدث بعدهم بغير

---

(١) في (ق) : « قاعدة » .

(٢) من (ق) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل ص (٢٠) .

(٤) وقعت في (ن) : « بأيمانكم » .

(٥) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الأيمان والنذور- باب لا تحلفوا بآبائكم- حديث رقم (٦٦٤٧)] .
ومسلم في « الصحيح » [كتاب الأيمان- باب النهي عن الحلف بغير اللّٰه تعالى- حديث رقم (١٦٤٦)]

(٦) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الصلاة- باب قبلة أهل المدينة وأهل الشام والمشرق ..- حديث رقم (٣٩٤)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب الطهارة- باب الاستطابة- حديث رقم (٢٦٤)] .

(٧) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الأدب- باب لا تسبوا الدهر- حديث (٦١٨٢)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب الألفاظ من الآداب وغيرها- باب كراهة تسمية العنب كرمًا- حديث رقم (٢٢٤٧)] .

(٨) أي : فلا يدخل النبي ﷺ في هذا الخطاب .

(٩) من (ن) .

دليل منفصل، بل بمجرد الخطاب الأول.

وأما إذا كان بغير لفظ الخطاب فالصحيح دخوله كحديث: «**العينان وكاء السَّه فمن نام فليتوضأ**»[(١)]، وكذا: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**»[(٢)]، وشذ بعضهم فقال: إنه لا يدخل فيه[(٣)].

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» [كتاب الطهارة- باب في الوضوء من النوم- حديث رقم (٢٠٣)].

(٢) أخرجه البخاري معلقًا في «الصحيح» [كتاب الحرث والمزارعة- باب من أحيا أرضًا مواتًا]، وأبو داود في «السنن» [كتاب الخراج والإمارة والفيء- حديث رقم (٣٠٧٣)، (٣٠٧٤)].

(٣) ومردُّ هذه القضية إلى مسألة بحثها الأصوليون: فقد اختلفوا في «المخاطب» هل يدخل في عموم خطابه؟

فذهب الجمهور إلى أنه يدخل ولا يخرج عنه إلا بدليل يخصصه، وقال أكثر أصحاب الشافعي: إنه لا يدخل إلا بدليل.

قال الأستاذ أبو منصور: وهو الصحيح من مذهب الشافعي.

قال الشوكاني: «قال الأستاذ أبو منصور: وفائدة الخلاف: فيما إذا ورد منه ﷺ لفظ عام من إيجاب حكم، أو حظره، أو إباحته، هل يدل ذلك على دخوله فيه أم لا؟.

قال ابن برهان في «الأوسط»: ذهب معظم العلماء إلى أن الآمر لا يدخل تحت الخطاب، ونقل عبد الجبار وغيره عن المعتزلة دخوله» انتهى.

ونقْلُهُ لهذا القول عن معظم العلماء يخالف نقل الأستاذ أبي منصور، والرازي في «المحصول»، وابن الحاجب في «مختصر المنتهى» وغيرهم، فإنهم جعلوا دخول المخاطب في خطابه مذهب الأكثرين.

وقال إمام الحرمين الجويني، إن خطابه يتناوله بنفسه، ولكنه خارج منه عادة، فذهب إلى التفصيل، وتابعه على هذا التفصيل إلكيا الهراسي، قال الصفي الهندي: هذه المسألة قد تعرض في الأمر مرة، وفي النهي مرة وفي الخبر مرة، والجمهور على دخوله.

- ثم قال الشوكاني: والذي ينبغي اعتماده أن يقال: إن كان مراد القائل بدخوله في خطابه أن ما وضع للمخاطب يشمل المتكلم وضعًا، فليس كذلك وإن كان المراد أنه يشمله حكمًا، =

قلت : التحكيم بالحديث الأول فيه نظر ، والصحيح أن وضوءه عليه الصلاة والسلام لا ينتقض بنومه ، فهذا من خصائصه ﷺ ، وللخلاف في دخول المخاطِب ؛ أي بكسر الطاء في الخطاب نظائر[1] فقهية :

– **منها** : ما حكي أن واعظًا طلب من سامعيه شيئًا فلم يعطوه ، فقال : طلقتكم ثلاثًا وكانت زوجته فيهم ، [وهو لا يعلم][2] ، فالصحيح أنها لا تطلق ، فإنه ليس [في][3] المطلَّقين بفتح اللام ، وإنما هو فاعل التطليق ، بل لهذا [البحث][4] التفات إلى بحث أصولي ، وهو أن خطاب الذكور لا يتناول الإناث على الصحيح[5] وهذا التخريج هو للنووي رحمه اللّٰه ، وأصل المسألة أن إمام الحرمين أفتى بوقوع الطلاق ، قال : وفي القلب منه شيء ، واعترض الرافعي [١٥٠ن/ب] فقال : لك أن تقول ينبغي أن لا يقع ؛ لأن قوله : طلقتكم لفظ عام ، وهو يقبل الاستثناء بالنية كما لو حلف لا يسلم على زيد فسلم على قوم هو فيهم واستثناه [١٣٥ق/أ] بقلبه لم يحنث ، وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم كان مقصوده غيرها .

= فمسلم ، إذا دل عليه دليل أو كان الوضع شاملًا له كألفاظ العموم . « إرشاد الفحول » (١/٥٧٢- ٥٧٦) .
وراجع هذه المسألة في :
« البرهان في أصول الفقه » لإمام الحرمين (١/٢٤٧- رقم ٢٦٣ إلى ٢٦٦) ، « المستصفى » للغزالي (ص : ٢٤٣) ، « الإحكام » للآمدي (٢/٣٣٣- ٣٣٤) ، « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٠- ٢١) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٢/١٢٣) .

(١) في (ن) : « ولها نظائر » .
(٢) من (ن) .
(٣) سقطت من (ق) .
(٤) من (ن) .
(٥) راجع : « البرهان » للجويني (١/٢٤٤) ، « المستصفى » للغزالي (ص : ٢٤١) ، « الإحكام » للآمدي (٢/٣٢٥) .

واعترض عليهما[١] النووي فقال : ما قالاه عجيب [منهما][٢] ، أما الرافعي فلأن هذه المسألة [ليست][٣] كمسألة السلام على زيد ، لأن هناك عَلِمَ به واستثناه ، وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها ، واللفظ يقتضي الجمع[٤]إلا ما أخرجه ولم يخرجها ، وأما العجب من الإمام فلأنه تقدم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق بمعنى الطلاق ولا يكفي[٥] قصد لفظه من غير قصد معناه ، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق قال : وأيضًا فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل[٦] ، وقوله : « طلقتكم » خطاب رجال ، فلا تدخل امرأته فيه بغير دليل ، قال : فينبغي أن لا تطلق لما ذكرته لا لما ذكره الرافعي ، فهذا ما تقتضيه الأدلة ، هذا كلامه[٧] ، واعترض عليه الشيخ زين الدين الكِتْنَاني رحمه الله ، فقال الرافعي : استدل على دعواه بمقدمتين :

الأولى : كون اللفظ عامًا قابلًا للاستثناء بالنية .

الثانية : كون قصر اللفظ العام على[٨] بعض أفراده تخصيصًا[٩] له ، فاعتقد المصنف أنه أثبت الحكم بالقياس على مسألة السلام فقط ، فشرع يفرق ولم يعلم أنه تقرير إحدى[١٠] المقدمتين .

---

(١) أي : على الجويني والرافعي .
(٢) من (ق) .
(٣) سقطت من (ن) .
(٤) في (ق) : « الجميع » .
(٥) في (ق) : « يكون » .
(٦) وهو مذهب إمام الحرمين الجويني .
(٧) في (ن) : « كله » .
(٨) في (ق) : « عن » .
(٩) في (ن) و(ق) : « تخصيص » .
(١٠) في (ن) : « أحد » .

وقوله : « ولم يخرجهما » يدل على اعتقاده أن التخصيص يفتقر إلى نية الإخراج وليس كذلك .

وقوله : « إن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل » فقال : دل الدليل على دخول المرأة ؛ لأن الغرض أنه خطاب الحاضرين وامرأته منهم ، ولا خلاف أنه إذا اجتمع المذكر والمؤنث أنه يجوز التعبير عن الكل بلفظ التذكير ، وقال الشيخ زين [الدين][(١)] ابن المرحل في موضع آخر[(٢)] بعد سياق[(٣)] كلام الرافعي السالف فيه : لأنه يستدعي أولًا حضور ذلك [بباله][(٤)] حالة اللفظ ، إلا أن [١٥١ن/أ] يكون سابقًا عليه ، ثم[(٥)] لو حضر فليس الحضور استثناء لها ، فإن الاستثناء إنشاء ، والحضور بالبال مجرد علم أو ظن أو وهم أو شك .

قلت : وما سبق من دعوى أن قصر بعض الأفراد تخصيص [فتحقيق][(٦)] ذلك [١٣٥ق/ب] أن الشخص إذا قال : والله لا كلمت أولاد زيد[(٧)] فله أحوال :

أحدها : أن لا يقصد شيئًا معينًا فلا إشكال في حنثه بالجمع ؛ لدلالة اللفظ عليه وضعًا ، فلا حاجة إلى القصد .

ثانيها : أن يقصد [إخراج بعضهم ويقصد مع ذلك إثبات الباقي ، أو لا يقصد][(٨)] شيئًا فلا إشكال في عدم الحنث المخرج ؛ لأنه خصص يمينه بالبعض .

---

(١) من (ق).

(٢) انظر : « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٦٦) .

(٣) في (ق) : « أن ساق » .

(٤) في (ق) : « لغلبة » .

(٥) في (ن): «نعم».

(٦) من (ق) .

(٧) في (ق) : « سنة » .

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

ثالثها : أن يقصد بعض الأفراد ويسكت عما عداه ، فهذا موضع النظر والظاهر فيه الحنث بالجميع أيضًا؛ لدلالة اللفظ عليه[(١)] وهي[(٢)] كافية ، وقد أجاب بذلك القرافي ، وحاصله الفرق بين القصد إلى البعض وبين تخصيص البعض ، فإن الثاني يستدعي إخراج غيره إذ التخصيص هو الإخراج ، نعم أن قصد إخراج اللفظ عما وضع له واستعماله في بعضه [مجاز][(٣)] فمعناه التخصيص ولا يحنث بغير المقصود .

- **ومنها** : [لو قال][(٤)] : نساء العالمين طوالق ، ففي دخولها في الطلاق خلاف .

قلت : نقل الرافعي عن « فتاوى القفال » المنع فيما إذا قال : نساء المسلمين طوالق وعن غيره الوقوع ، ثم قال : وينبني الخلاف على أن المخاطب : يَعني- بكسر الطاء- هل يدخل في الخطاب ، قال النووي في « الروضة » : [والأصح عند أصحابنا في الأصول][(٥)] : أنه لا يدخل[(٦)] ، وكذا هنا الأصح أنها لا تطلق[(٧)] .

وما ذكره عن الأصوليين من تصحيح المنع مخالف لما نقله ابن الحاجب[(٨)] من أن الأكثر على الدخول ، ويظهر أن يتخرج على هذه الفائدة أيضًا ما إذا قال : إن

---

(١) في هذا الموضع من (ن) : « غير أن .. بعض الأفراد بالقصد فاجتمع عليه أمران ووجد في غير المنوي ، ولأن اللفظ » وهي عبارة غير مستقيمة المعنى .

(٢) في (ن) : « وهو » .

(٣) من (ق) .

(٤) من (ن) .

(٥) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٦) في (ق) : « يخرج » .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٢٣/٢) .

(٨) هو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الدُّويني ، ثم المصري ، الدمشقي ثم الإسكندري ، جمال الدين ابن الحاجب ، العلامة الأصولي النحوي ، اللغوي ، الفقيه ، المالكي ، له تصانيف غاية في الحسن والتحقيق والإفادة ، منها : المختصر في الأصول ، الكافية في النحو ، الشافية في التصريف ، توفي سنة ست وأربعين وستمائة (٦٤٦هـ) ، راجع ترجمته في : الديباج المذهب (٨٦/٢) .

كلمت رجلًا فأنت طالق ، وإن كلمت طويلًا فأنت طالق ، وإن كلمت فقيهًا فأنت طالق ، وكان زوجها فقيهًا طويلًا ، وكلمته هل يقع أم لا ؟

ولو قال : إن كلمت رجلًا فأنت طالق فكلمته أو[١] كلمت أباها ، وكان غرضه منعها من مكالمة الرجال لم تطلق ، قاله [١٥١ن/ب] المتولي ، وهو في زوجها ظاهر بناء على أن المخاطب لا يندرج في الخطاب أما في حق أبيها ، ففي الطلاق باطنًا [متجه][٢] ، أما ظاهرًا فغير متجه لشمول الاسم .

قاعـــدة

« **المميز**[٣] **إذا ورد على شيئين**[٤] **وأمكن أن يكون مميزًا**[٥] **لكل واحد منهما فهل يكون مميزًا لكل منهما ، أو يكون مميزًا للمجموع** »[٦] فيه خلاف [في][٧] مسائل :

- **منها** : إذا قال : بعتك ربع هذين العبدين ، فهل يكون المبيع الربع من كل واحد منهما ، أو ربع المجموع ، بحيث يكون من كل عبد ثمنه[٨] فيه وجهان .

- **ومنها** : إذا قال [١٣٦ق/أ] : إن حضتما حيضة[٩] فأنتما طالقتان ، ففيه وجهان ، أحدهما : المميز المجموع ، ومحال أن تكون الحيضة مميزة للمرأتين

(١) في (ق) : « و » .
(٢) من (ق) .
(٣) وقعت في (ن) : « المهر » .
(٤) في (ن) : « شهر » .
(٥) وقعت في (ن) : « مهرًا » .
(٦) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٦) .
(٧) سقطت من (ن) و(ق) .
(٨) في (ن) و(ق) : « من كل عبد لله » ، والمثبت من (ك) .
(٩) في (ق) : « حيضتان » .

فيكون الطلاق معلقًا على مستحيل، فلا يقع على المذهب.

والثاني: أن يكون مميزًا لكل واحدة، فإذا حاضت طلقت.

قاعـــدة

«الإنشاء كلام نفسي عبر عنه لا باعتبار العلم والحسبان، والإخبار كلام نفسي عبر عنه باعتبار تعلق العلم والحسبان»[(١)].

وبيان ذلك أنه إذا قام بالنفس طلب شيء مثلًا وقصد المتكلم التعبير عنه باعتبار العلم والحسبان، قال: طلبت من زيد، وإن أراد أن يعبر عنه [لا][(٢)] باعتبار [تعلق العلم والحسبان، قال: افعل، أو لا تفعل، وكذا إذا قام بالنفس تعجب مثلًا، وأراد أن يعبر عنه باعتبار تعلق العلم والحسبان؛ قال: تعجبت من زيد، وإن أراد أن يعبر عنه لا باعتبار][(٣)] ذلك، قال: ما أحسبه مثلًا، وغير ذلك من الصيغ الموضوعة[(٤)]، وكذا جميع أبواب الإنشاءات، والخلاف الأصولي أن صيغ العقود إنشاءات أو إخبارات مشهور، والمذهب أن الطلاق إنشاء لا يقوم الإقرار مقامه، نعم يؤاخذ ظاهرًا بما أقر به، وبعضهم يجعل الإقرار على صيغة، وقرينته[(٥)] إنشاء الإقرار في[(٦)] صور:

---

(١) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٥٨)، «التعريفات» للجرجاني ص (٣٢، ٨٥)، ووقعت كلمة: «والحسبان» في (ن) و(ق) كذا: «والحساب».

(٢) ما بين المعقوفتين من (ك).

(٣) ما بين المعقوفتين من (ك).

(٤) أي: الموضوعة للتعجب.

(٥) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «وترتيبه».

(٦) في (ن) و(ق): «على».

- **منها** : إذا أقر بالطلاق ينفذ ظاهرًا لا باطنًا ، وقيل يصير إنشاء[١] ، فتحرم[٢] باطنًا ، قال الإمام : وهو منكر ، فإن الإقرار والإنشاء يتنافيان فذلك إخبار عن ماضٍ ، وهذا إحداث في[٣] الحال ، وذلك يدخله الصدق والكذب ، وهذا [بخلافه .

- **ومنها** : إذا][٤] كانت العدة باقية واختلفا في الرجعة فادعاها[٥] الزوج ، فالقول قوله على الصحيح ، وعلى هذا أطلق جماعة منهم البغوي أن إقراره ودعواه تجعل[٦] إنشاء ، وحكاه عن [١٥٢ن/أ] القفال ، وقال الجويني : من قال به يجعل الإقرار بالطلاق [إنشاء ، وفيه][٧] إنكار الإمام[٨] [السابق][٩] .

- **ومنها** : لو قال : طلقتك ثلاثًا بألف ، فقالت : بل سألتك ذلك فطلقتني واحدة ، فلك ثلث الألف ، قال [الإمام][١٠] الشافعي : إن لم يطل الفصل ، طلقت ثلاثًا ، وإن طال ولم يمكن [جعله][١١] جوابًا طلقت ثلاثًا بإقراره ويتحالفان للعوض وعليها مهر المثل ، فمنهم من أخذ بظاهر هذا النص وجرى عليه ، ومنهم من خالفه وقال : يتحالفان مطلقًا ، ومنهم البغوي ، ومنهم من استشكله ، وقال الإمام :

---

(١) في (ن) و(ق) : « أمينًا » .
(٢) وقعت في (ن) : « فتجوز » .
(٣) في (ن) : « على » .
(٤) في (ق) : « بخلاف ما إذا » .
(٥) في (ن) : « فأعادها » .
(٦) في (ن) : « تحصيل » .
(٧) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « أشار فيه إلى » .
(٨) في (ن) : « الطلاق » .
(٩) من (ق) .
(١٠) من (ن) .
(١١) من (ن) .

ينبغي أن يقال [١٣٦ق/ب] في حال الاتصال : إن قال الزوج ما طلقتك من قبل والآن أطلقك ثلاثًا على ألف ، يقع الثلاث وتجب الألف ؛ لأن الوقت وقت الجواز وإن قال : طلقتك من قبل ثلاثًا فقد جعل هذا إنشاء ، فيحكم بوقوع الثلاث بإقراره ، ولا يلزمها إلا ثلث الألف ، وكذلك أيضًا في حال الانفصال ولا معنى للتحالف .

- **ومنها** : إذا قال في حق الأمة : تزوجتها ، وأنا أجدُ طول حرة ؛ فالنص أنها تبين بطلقة ، فلو تزوجها ثانية عادت إليه بطلقتين، وعن الشيخ أبي حامد والعراقيين[(١)] : أنها فرقة فسخ لا ينقص عددًا[(٢)] كما لو أقر برضاع ، لأنه لم يبين طلاقًا، وإلى هذا صغو[(٣)] الغزالي والإمام ، وهؤلاء أنكروا النص ومستندهم أن[(٤)] النص في « عيون المسائل » : أن مولاها إن صدَّقه فهو فسخ للنكاح بلا مهر ، وإن أصاب فعليه مهر المثل ، وإن كذبه فسخ النكاح ولم يصدق على[(٥)] المهر دخل أو لم يدخل ، قال الرافعي : « ولك أن تبني المذهبين على وجهين ذكرناهما ؛ وهما إذا اختلفا في شرط يفسد البيع بعد الاتفاق على صورته ، فإن صدق مدعي الفساد لم يجعل هذه الفرقة طلاقًا وإلا جعلناها [طلاقًا][(٦)] ؛ لأن ظاهر النكاح الجاري الصحة [فيجري عليه حكم الصحيح][(٧)] » .

قال : « وهذا يقتضي جريان الخلاف في دعوى الرضاع ، إذا أنكرته المرأة »

---

(١) وقعت في (ن) : « والعراقيون » .

(٢) أي : لا ينتقص بها عدد الطلاق .

(٣) في (ن) و(ق) : « ضعف » ، والمثبت من (ك) .

(٤) في (ن): «إلى».

(٥) في (ن): «وعلى».

(٦) من (ن) .

(٧) من (ن) .

وكل هذا لا يفي بالمقصود، وحَيْدٌ عن الحق والتحقيق، وكيف يكون طلاقًا [ولم يطلق بل إن كان صادقًا[1] فلا عقد جرى بالكلية، وإن كان [١٥٢ن/ب] كاذبًا فلم تحدث فرقة، نعم في الظاهر يفرق بينهما، ويعامل في الحرمة معاملة أن لا عقد.

في « فتاوى القفال »: أنه إذا ادعت المرأة على رجل أنه نكحها وأنكر هو، فمن الأصحاب من قال: لا يحل لها أن تنكح زوجًا غيره، وهو الظاهر، ولا يجعل إنكاره طلاقًا][2] بخلاف ما إذا قال: نكحتها وأنا واجد [طول][3] حرة، ثم فرق بينهما بأن هناك أقر بالنكاح وادعى ما يمنع صحته، وههنا لم يقر أصلًا انتهى، وفي هذا نظر[4]، وقيل: يتلطف الحاكم به حتى يقول إن [كنت][5] نكحتها فقد طلقتها، حكاه الرافعي في فروع منثورة آخر التعليقات.

- ومنها: لو اعترف الزوج بمفسد من إحرام أو عدة أو ردة وأنكرت، لم يقبل قوله عليها في المهر حتى يجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول، وتمامه[6] إن كان بعده، ويفرق بينهما بقوله، قال أصحاب القفال: هو طلقة بائنة[7]، حتى لو نكحها يومًا عادت إليه بطلقتين، قالوا: وهذا مأخوذ من النص[8]، وذكر الإمام في أوائل الخلع في فصل: ولو قال عليَّ ألف ضمنها [١٣٧ق/أ] لك غيري؛ أنهما إذا تخالعا على

---

(١) في (ن): « صداقًا ».

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

(٣) سقطت من (ن).

(٤) في (ن) و(ق): « يطرد ».

(٥) من (ق).

(٦) في (ن) و(ق): « وثمانية ».

(٧) في (ق): « ثانية ».

(٨) يعني: من نص الإمام الشافعي.

ألف وأطلقا[١]، واتفقا[٢] على اختلاف[٣] النيَّتين، فقال الزوج: نويت ألف درهم[٤] وصدقت، وقالت[٥]: نويت ألف فلس[٦] وصدقها أن الذي يجب القطع به أن الطلاق يقع ظاهرًا؛ لأن النية إذا اختلفت لم تؤثر وهي كالعدم، وصار كإطلاق الألف بلا نية، فيكون خلعًا بمجهول، فتقع البينونة، وأثر توافقهما على اختلاف القصدين: أن الزوج لا يطالبها بمال، فإنه معترف بأنه لم يؤخذ منها التزام ما ألزمها به ثم ذكر سؤالًا في حكم الباطن[٧]، وأجاب عنه وتبعه الغزالي في «البسيط»، وأشار إليه في «الوسيط»، وخالف القفال والقاضي والبغوي، فقالوا: لا يقع باطنًا في مسألة الخلع.

قاعــدة

«إقامة الشارع شيئًا مقام شي لا يلزم إعطاؤه حكمه من كل وجه»[٨].

وقد يُدَّعى أن الأصل اللزوم، وقد يقع فيه خلاف في صور منها:

- لو أشار الأخرس بطلاقها بفعلين في الصلاة وقع الطلاق، وفي [بطلان][٩] الصلاة [١٥٣/أ] وجهان، أصحهما: لا[١٠]؛ لأن الفعل أقل

---

(١) في (ن): «وطلقها».
(٢) في (ن) و(ق): «والقضاء»، والمثبت من (ك).
(٣) في (ن): «وخلاف».
(٤) في (ق): «الدراهم».
(٥) في (ق): «وقال».
(٦) في (ن): «فليبين».
(٧) وهو: ما حكم الباطن في علم اللَّه تعالى لو فرض اختلاف النيتين؟ «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٦١).
(٨) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١١٥)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٥٨٦/٢).
(٩) سقطت من (ن) و(ق)، والمثبت من (ك)
(١٠) أي: لا تبطل.

والموجود فعل قام مقام القول .

– **ومنها** : لو قال لصغيرة لم تحض : أنت طالق في كل قرء طلقة ؛ فالمذهب أنه لا أقراء لها الآن ؛ إذ القرء طُهر محبوس بحيضتين ، وقيل : يجعل كل شهر قُرءًا في حقها كما فعل في العدة .

– **ومنها** : وقت العصر والعشاء جعله الشارع وقتًا للظهر والمغرب لأرباب الأعذار رفقًا بهم ، وقد جعلوا من وجب عليه العصر والعشاء بإدراك وقتهما تجب عليه الظهر والمغرب ، وفيه نظر .

قاعـــدة

« المقارن للصيغ إذا كان مؤثرًا فإذا تقدم أو تأخر لا يؤثر[1] غالبًا وقد يؤثر في صور »[2] :

– **منها** : [إذا قال :][3] متى قلت لامرأتي : أنت عليَّ حرام ، فإني أريد به الطلاق ، ثم قال لها بعد مدة : ذلك ، فعن الروياني احتمال وجهين :

وقوع الطلاق عملًا بكلامه السابق ، ووقوعه لاحتمال تغيير النية .

– **ومنها** : اختلاف مهر السر والعلانية واختلاف أحواله ، قال البغوي[4] : « وقد خرج منه بعض أصحابنا أن المصطلح عليه قبيل العقد كالمشروط » .

– **ومنها** : بيع التلجئة .

– [**ومنها**] : الشرط الفاسد السابق على البيع لا يُجعل كالمقارن .

---

(١) في (ق) : « لا يضر » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٦٧) .

(٣) تكررت في (ق) .

(٤) في (ن) : « الروياني » .

قاعـــدة

« **كل من علق طلاقه بصفة لم يقع طلاقه**[١] **- ذلك المعلق - من غير وجود الصفة** »[٢] إلا في [١٣٧ق/ب] مسائل :

- [**منها**][٣] أن يقول لحامل[٤] أو صغيرة أو آيسة : أنت طالق للسنة أو للبدعة فيلزمه من ساعته ؛ لأنه لا سنة لهن ، ولا بدعة ، ذكره ابن القاص ، وتبعه صاحب « الرونق » ، « واللباب » ، والروياني في « فروقه » ، والجرجاني في « المعاياة » ، قال ابن القاص : هذا نص قوله ، أي في حكم المسألة ؛ [إلا أن][٥] الشافعي نصَّ هنا على أن الطلاق معلق وأنه يقع[٦] بدونها فاعلمه .

قاعـــدة

قال أبو عاصم : « **كل قول في عقد إيجاب أو إقرار إذا عقب بالتخصيص من استثناء أو نحوه ، وصح إلا إذا قال : يا زانية طلقتك إن شاء الله** »[٧] .

فائدة : الاعتماد على القرائن أو على صدق المدعي إذا لم يكن متهمًا [في][٨]

---

(١) في (ق) : « خلافه » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٩) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨١٣) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/١٨٠) ، « قواعد ابن رجب » (١/١١١) ، (٢/٢٢٨) ، (٣/ ٢٢٢، ٢٢٦، ٥٠٥) ، « قواعد الزركشي » (٣/١١٤) .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ن) : « الحائل » .

(٥) في (ن) : « لأن » .

(٦) في (ن) و(ق) : « ولا يقع » ، والمثبت من (س) .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٣٨) .

(٨) من (ن) .

صور[١] :

- **منها** : دعوى سبق اللسان [إلى الطلاق][٢] لا يُقبل من مدعيه إلا إذا وجدت قرينة تدل [١٥٣ن/ب] عليه ، فإذا قال : طلقتك ثم قال : سبق لساني إليه ، ولست[٣] أقول : طلقتك ، فعن النص[٤] « أنه لا يسع امرأته [أن][٥] تقبل منه [ذلك][٦] » .

وحكى الرافعي أن الروياني حكى عن الماوردي وغيره أن هذا فيما إذا كان الزوج متهمًا ، أما إذا علمت صدقه[٧]، أو غلب على ظنِّها بأمارة فلها أن تقبل قوله فلا تخاصمه، وهكذا إذا كان اسم امرأته مما يقارب حروف الطلاق ، كالطالب والطالع والطارق ، فقال : يا طالق[٨] وادعى التفاف الحروف[٩] بلسانه، فإنه يقبل لقوة القرينة ، بخلاف ما إذا قال : أنت طالق، ثم قال : أردت طلاقًا من وَثَاق ، حيث جرى فيه خلاف ؛ لأن اللفظة على هذه الصورة كالمستنكرة في حال النكاح ، [فبَعُدَ][١٠][١١] قبول [التأويل فيه ، ولو قال لها : أنت طالق يا مطلقة ، لم يقع

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٦٨) ، « قواعد الزركشي » (٣/٥٩) .

(٢) من (ن) .

(٣) وقعت في (ن) : « سبق لساني إلى الثلاث وكنت » ، وكذا في (ق) عدا كلمة « إلى » ، والمثبت من (ك) .

(٤) أي : فعن نص الشافعي .

(٥) من (ن) .

(٦) من (ق) .

(٧) في (ق) : « قصده » .

(٨) في (ن) : « يا طارق » .

(٩) في (ق) : « الحرف » .

(١٠) من (ن) .

(١١) وقع في (ن) : « فبعد النكاح قبول » .

بالنداء شيء وكان](١) إنشاء الطلاق قرينة يُرجع فيه إلى نيته هل أراد زيادة أم لا ؟ .

فائدة : ما علق الحكم فيه على فعل فاعل إذا فعله غيره هل يلتحق به(٢) ؟ فيه صور :

- **منها** : لو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها طلقت ؛ لأن المراد العلم ، ولذلك يقال : رأينا الهلال ببلد كذا ، ولو قال : أردت المعاينة فأشبَهُ الوجهين : القبول .

- **ومنها** : لو قال لرب الدين : إن أخذت مالك علي فامرأتي طالق ، فأخذه رب الدين وهو مختار ، طلقت امرأة المديون سواء كان مختارًا أو مكرهًا على الإعطاء ، كذا قال الرافعي ؛ وفيه نظر [١٣٨ق/ب] ، فإن ماله عليه إذا لم يكن معينًا بل مسترسلًا في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ، فمتى(٣) أكره بغير حق لم يأخذ الذي عليه ، فلا يحنث ، وهذا واضح ، وسواء أعطى بنفسه أو بوكيله ، ويمكن(٤) الاستيلاء أيضًا حيث يجوز ، وإن لم يتعرض له الرافعي .

وفي كتب العراقيين : أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان ودفعه إليه ، لأنه تبرأ ذمة المديون بأخذ السلطان ، ويصير المأخوذ ملكًا [له](٥) ، فلا يبقى له عليه حق حتى يقال : أخذ حقه الذي له عليه ، ولو أداه أجنبيٌّ(٦) عنه ....

(١) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٦٨) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨١٤) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/١٨٠) .

(٣) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « فمن » .

(٤) في (ق) : « وليكن » .

(٥) من (ن) .

(٦) في (ن) و(ق) : « حتى » .

قال الداركي[١] : لا يقع لأنه بدل[٢] حقه لا حقه ، ولو قال : إن أخذت حقك مني[٣] فهي طالق [١٥٤ن/أ] لم تطلق بإعطاء السلطان [ولا إعطاء وكيله من ماله ، وإن أكرهه السلطان][٤] حتى أعطاه بنفسه فعلى قولي المكره ، ولو قال : إن أعطيتك حقك فأعطاه باختياره حنث ، سواء كان الآخذ مختارًا أو لم يكن ، ولا يحنث بإعطاء الوكيل ولا بإعطاء السلطان .

قاعــدة

« **[الطلاق][٥] لا يقبل الإيقاع بالشرط ، [وإن قبل الوقوع[٦] بالشرط][٧]** »[٨] .

كما ذكره الغزالي وغيره ، أي وهو التعليق على شرط وهو عكس البيع ونحوه ؛ فإنه يقبل الإيقاع بالشرط ، ولا يقبل التعليق على الشرط ، بدليل أنه لو قال : بعتك على أنه كاتب صح ، ولو قال : إن كان كاتبًا فقد بعتكه ، فهو باطل ، جزم [به][٩]

---

(١) هو عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز ، الإمام أبو القاسم الداركي ، تفقه على أبي إسحاق المروزي ، والشيخ أبي حامد ، وأخذ عنه عامة شيوخ بغداد ، وكانت له حلقة للفتوى ، وانتهت إليه رياسة المذهب ببغداد ، توفي سنة خمس وسبعين وثلاثمائة (٣٧٥هـ) ، راجع ترجمته في « طبقات الفقهاء الشافعية » لابن قاضي شهبة (١/١١٦- رقم ٩٨) .

(٢) في (ن) و(ق) : « يذكر » والمثبت من (ك) .

(٣) في (ن) و(ق) : « منك » .

(٤) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٥) سقطت من (ق) .

(٦) أي : التعليق على شرط .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٨) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٧) .

(٩) سقطت من (ن) .

ابن أبي الدم ، وخرَّج ابن الرفعة فيه وجهين من الوجهين في : « إن كانت المولودة بنتًا فقد زوجتك بها » ، وهذه القاعدة أشار إليها الغزالي في الخلع حيث قال : « والطلاق لا يقبل الشرط في الوقوع وإن قبله في الإيقاع » كما صرح به ابن الرفعة ، والفرق بينهما يتضح بالمثال .

فإنه لو قال : أنت طالق بشرط أن لا تدخلي الدار ، أو على أن لا تدخلي الدار ، وقع حالًا ، وإن لم يوجد ذلك ، ولو قال : أنت طالق إن دخلت [الدار][1]، لم تطلق حتى تدخل .

والغزالي توصل بذلك إلى قوله : « في قول الزوج : أنت طالق على أن لي عليك كذا ، أنه يكون رجعيًا » ، قال : « لأن الشرط في الطلاق يلغو إذا لم يكن من قضاياه ، [كما إذا][2] قال : أنت طالق على أن لا أتزوج بعدك » ، [فأما][3] [ذهابه][4] إلى كونه رجعيًا فالصحيح خلافه .

والحاصل أن الطلاق بعد وقوعه لا يقف[5] على شرط ؛ لأن وقوفه عن الوقوع [مع][6] وقوعه محال ، وهذا بخلاف [ما لو نجَّز][7] الوكالة ، وعلَّق[8] التصرف

---

(١) من (ن) .

(٢) في (ن) و(ق) : « وإذا » .

(٣) من (س) .

(٤) في (ن) : « وهذه » .

(٥) في (ن) : « لا يثبت » .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) من (س) .

(٨) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق) : « وعلى » .

على شرط ، فإنه توكيل[١] صحيح [١٣٨ق/ب] ، وهو[٢] إيقاع عقد بشرط ، فمثل هذا لا يجوز[٣] في الطلاق ؛ فإن المرأة لا تكون مطلقة ثم يكون طلاقها الواقع على [سبيل][٤] شرط[٥] ، قال شيخنا[٦] : ولا يلزم مما ذكرناه ما قصده الغزالي من كونه[٧] رجعيًا ، فإنه إذا وقع الطلاق مع هذا الشرط لم يوقعه[٨] مطلقًا ، فلا يقع رجعيًا بل يقع كما أوقعه [١٥٤ن/ب] على جهة المعاوضة ، وهذه الصيغة صالحة ؛ لأن تستعمل في المعاوضات بخلاف ما إذا ذكرها[٩] شرطًا مجردًا من غير معاوضة ، ويدل لما ذكره لو قال : بعتك هذا على أن تعطيني عشرة ، صح البيع كما صرح به الرافعي في الباب الثاني من الصداق ، فنزل قوله : « على أن تعطيني » منزلة باء العوضية ، فكذلك ينبغي أن ينزل هنا [ذلك][١٠] .

فـــرع

قول الغزالي في أوائل الباب [الثالث][١١] من الخلع : ....

(١) في (ن) : « وكيل » .
(٢) في (ن) : « وهذا » .
(٣) في (ق) : « لا يكون » .
(٤) من (ن) .
(٥) أي : واقعًا على شرط .
(٦) يعني : تقي الدين السبكي .
(٧) أي من قوله : طلقتك على أن لي عليك ألفًا .
(٨) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « يرفعه » .
(٩) كذا في (ن) و(س) ، وفي (ق) : « لم يذكرها » .
(١٠) من (س) .
(١١) سقطت من (ن) .

« والطلاق لا[١] يقبل الشرط » : اعلم أن الشرط قسمان : تعليقي ، وإلزامي ، فالطلاق يقبل التعليق والعوض [و][٢] لا يقبل الإلزامي بخلاف البيع ؛ لأنه لا [يقبل][٣] التعليقي ويقبل الإلزامي ككاتب[٤] .

قال ابن عبد السلام في مجموع له : الأفعال قسمان :

ما يقبل الشرط والتعليق عليه كالصوم على رأي الإمام الشافعي ، فإنه يقبل الشرط بأن يشرع[٥] في الصوم ويقول : إن أبطلته بطل[٦] ، والتعليق عليه بأن يقول : إن فعلت كذا فعليَّ صوم .

وما لا يقبل التعليق ويقبل الشرط : وهو البيع [فيبيع][٧] ويقول : لي الخيار ثلاثا ، ولا يقبل : « إذا جاء فلان فقد بعتك » ؛ لأن هذا الشرط أثبته اللَّه في أصل البيع ، فحصل باشتراطه .

والطلاق عكس هذا يقبل التعليق ولا يقبل الشرط ، كأنت طالق على أن لي عليك ألفًا ، فإنه لا يلزمها شيء[٨] .

---

(١) في (ن) : « لم » .
(٢) من (س) .
(٣) سقطت من (ن) .
(٤) أي : كقوله : بعتك هذا العبد بشرط أنه كاتب . انظر : « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ٣٧٨) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/ ٦٧٠) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/ ٣٥٧) ، « قواعد الزركشي » (١/ ٣٧٥) .
(٥) في (ق) : « شرط » .
(٦) وقع في (ن) : « إن أبطل وبطل » .
(٧) من (ق) .
(٨) في (ق) : « شيئًا » .

- ومنها[١] ما لا يقبلهما[٢]، أما الشرط: فإذا تزوجها على أن لا نفقة لها فأسقط[٣]، وأما التعليق فيقول: إذا جاء فلان فقد تزوجتك.

قاعـــدة

«**ما عُلق بشيء هل يعلق بأوله فيقع**[٤]»[٥]؟ فيه صور:

- **منها**: الحيض. - ومنها: إذا قال: أنت طالق أول بلوغ ولدي [١٣٩ق/ب] وقت الختان، طلقت في اليوم السابع [من][٦] ولادته.

- **ومنها**: لو قال أنت طالق أول آخر رمضان.

- **ومنها**: [لو قال][٧]: أنت طالق أول الشهر أو آخره، طلقت بأول جزء [من الأول أو الآخر.

- **ومنها**: إذا أقت المسلَّم فيه، فقال: إلى الجمعة أو إلى رمضان، حل بأول جزء][٨] منه، ولو قال: في الجمعة أو في رمضان، فعن ابن أبي هريرة أنه يصح، وينزل على الأول كالطلاق، والأصح [١٥٥ن/أ] المنع لجعله الجمعة ظرفًا، وكأنه قال: وقت من أوقاتها، وفرقوا بينه وبين الطلاق بجواز تعلقه بالمجاهيل، وأفسد ابن

---

(١) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «ولنا».

(٢) أي: لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه.

(٣) أي: فإن الشرط يسقط.

(٤) وقعت هذه العبارة في (ن) كذا: «ما علق شيء على تعلق أوله فيقع».

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١٧٩)، «قواعد ابن رجب» (١٩/٣).

(٦) من (ن).

(٧) من (ن).

(٨) ما بين المعقوفتين سقط من (ق).

الصباغ[(١)] الفرق ، فإنه لو كان هذا من ذلك القبيل لوجب أن يقع في آخر جزء دون الأول ، قال الرافعي ، وهذا حسن ، والفرق مشكل ، قال الإمام في مسألة الطلاق : وهي أنت طالق في شهر رمضان : لم يذكروا ههنا خلافًا ، أخذًا مما[(٢)] سبق في السَّلم[(٣)] مع اتجاه التسوية .

– **ومنها** : لو قال في السلم : إلى [أول][(٤)] شهر كذا ، أو إلى آخره ، وقد سلف[(٥)] الخلاف فيه في بابه فراجعه منه[(٦)] .

فائدة : التبعيض في الأعضاء فيه صور[(٧)] :

– **منها** : في الطلاق ، لو قال : يدك طالق ، طلقت .

– **ومنها** : في الرجعة ، لو قال : راجعتُ يدك لم يصح .

[– **ومنها** : في الإيلاء ، لا يصح إلا أن يحلف على جماع قُبلها][(٨)] .

[– **ومنها** : في الظهار ، لو قال : أنت عليَّ كظهر أمي نفذ ، ولو قال : كيدها ، نفذ على المذهب ، ولو قال : يدها عليَّ كظهر أمي ، كان ظهارًا على الأظهر][(٩)] .

---

(١) في (ن) : « ابن الصلاح » .

(٢) في (ن) : « أحدهما » .

(٣) في (ن) و(ق) : « السلام » .

(٤) سقطت من (ن) .

(٥) في (ق) : « سبق » .

(٦) ذهب عامة الأصحاب إلى بطلان العقد ؛ لأن اسم الأول والآخر يقع على جميع النصف .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٣) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/١٠٥) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٣٤٨) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/١٥٩) ، « قواعد ابن رجب » (٢/٤٨٨) .

(٨) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٩) ما بين المعقوفتين من (ن) .

- **ومنها** : لو أعتق جزءًا عتق جميعه .
- **ومنها** : العفو في حق القاتل.
- **ومنها** : [في][1] الأسير إذا مُنَّ على بعضه في وجه .
- **ومنها** : لو قال : زنا فرجُكِ يُحدُّ .

فائدة : الحال كالظرف في تقييد الفعل[2] ، فإذا قال : أنت طالق مريضةً ، لم تطلق إلا في حال المرض .

و[لو][3] قال أنت [طالق][4] مريضةٌ بالرفع ، نقل القاضي عن بعضهم أنها تطلق في الحال ، وتكون « مريضة » وصفًا لها ، ورأى ابن الصباغ الحمل على الحال أيضًا إلا أنه لحن في الإعراب .

فائدة : في الصريح وأحكامه في التديين[5] .

اشتهر في كلام المشايخ ، وفي مواضع من الكتب المعتبرة : أن الصريح يقع به معناه من غير نية ، وأن المفتقر إلى النية الكناية [فقط][6]، وهذا كالواضح[7] عندهم وعند أهل عصرنا في مصرنا [وغير مصرنا][8] ، وهذا يُناقض ظاهر قول

---

(١) سقطت من (ن) .
(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٨) .
(٣) من (ك) .
(٤) سقطت من (ن) .
(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٦٥) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٧٨/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٥٦٦/٢) ، « قواعد الزركشي » (٣١٢/٢-٣١٣) .
(٦) من (ق) .
(٧) في (ن) و(ق) : « كما لو صح » .
(٨) من (ق) .

الرافعي : أن القصد إلى الطلاق لا بد منه ، وإلا فهو غير مزيل للنكاح [١٣٩ق/ب] ، فوجب أن لا يزول ، ثم فسره ، فقال : والمراد به أن يكون قاصدًا بحروف الطلاق معنى الطلاق ، ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد [١٥٥ن/ب] معناه ، وذكر في الجهل أنه إذا خاطب مَنْ ظنها زوجة الغير[(١)] بالطلاق في ظُلمة أو حجاب ، فإذا [هي][(٢)] زوجته [أنه يقع الطلاق][(٣)] ، على المشهور ، وللغزالي فيه احتمال ، قال : « لأنه إذا لم يعرف الزوجية لم يكن قاصدًا قطعها ، وإذا لم يقصد الطلاق وجب أن لا يقع » .

وفي « البسيط » : أن بعض مدركي[(٤)] زمانه طلب من أهل مجلسه مكرمة [مالية][(٥)] فلم ينجح طلبه ، وطال انتظاره ، فقال : طلقتكم ثلاثًا ، وكانت زوجته فيهم ، وهو لا يدري فأفتى الإمام بوقوع الطلاق ، [وهذا قد سلف في أول الباب بما فيه ، وقالوا في الطلاق][(٦)] : فيما لو قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت من وثاق الأصح إن كانت قرينة بأن [كان][(٧)] يحل عنها وثاقًا [قبل][(٨)] وإلا فلا ، وفي كتاب العتق : إذا اجتاز بصاحب الضريبة فخاف أن يطالبه بالضريبة عن عبده ، فقال : أنت حر ، وليس بعبد ، وقصد الإخبار كاذبًا لم يُعتق فيما بينه وبين اللّٰه

---

(١) وقعت في (ن) : « المعبر عنها » .
(٢) سقطت من (ن) .
(٣) تكرر ما بين المعقوفتين في (ق) .
(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « مذكري » .
(٥) من (ق) .
(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .
(٧) من (ك) .
(٨) سقطت من (ن) .

تعالى ، كذا أفتى به الغزالي ، قال الرافعي : « وهذا يشير إلى أنه لا يقبل ظاهرًا » ، وأفتى أيضًا أنه[١] إذا زاحمته امرأة في طريق فقال : تأخري يا حُرَّة وكانت أمته ، فإنها لا تعتق ، قال الرافعي :

« وهذا إن أراده في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدري من يخاطب[٢] ههنا ، وعنده أنه يخاطب غير أمته ، وهناك خاطب العبد باللفظ الصريح » .

قال : « ولو قال لعبده : (يا آزادمرد) ، ثم قال : أردت وصفه بالجود ، لم يقبل وحكم بعتقه ظاهرًا ، فإن كان اسمه آزادمرد ، وقصد نداءه باسمه لم يعتق ، فإن كان [ثم][٣] قرينة تشعر بأنه قصد مدحه والثناء عليه قبل قوله ولم يعتق[٤] ، كذا أطلق في « الوجيز »[٥] وفي « الوسيط »[٦] : أنه على الخلاف فيما لو قال لامرأته وهو يحل وثاقها : أنت طالق ، وقال : أردت طلاقها منه ، ثم ذكر ما يتعلق بذلك ، ثم قال في آخر كتاب العتق : « وفي فتاوى القاضي حسين : أنه إذا ادعى عبد على سيده [العتق عند الحاكم ، فلما أتم يمينه ، قال : قم يا حرُّ- على وجه السخرية- حكم عليه بالحرية ؛ لقوله ﷺ : « **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد** »[٧]][٨] .

---

(١) في (ق) : « به » .

(٢) في (ن) و(ق) : « يحاول » ، والمثبت من (ك) .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ق) : « ولم يعين » .

(٥) في (ن) و(ق): «في الوجه».

(٦) في (ن): «البسيط».

(٧) أخرجه أبو داود في «السنن» [كتاب الطلاق – باب في الطلاق على الهزل – حديث رقم (٢١٩٤)]، وابن ماجه في «السنن» [كتاب الطلاق – باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبًا – حديث رقم (٢٠٣٩)]، والترمذي في «السنن» [كتاب الطلاق واللعان – باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق – حديث رقم (١١٨٤)].

(٨) ما بين المعقوفتين من « ك » .

ومما يتعلق بهذا ما لو قال: خالعتك على ألف فقالت: قد قبلت ونويا [١٤٠ق/أ] نوعًا معينًا صح في الأصح؛ لأن المقصود العلم بالعوض وقد حصل، فإذا اختلفا في النية [واتفقا على أنها أرادت ألف فلس][1] فقال الزوج: أنا أردت الدراهم، فلا فرقة، وقالت: بل أردت الفلوس [١٥٦ن/أ] فالبينونة نافذة؛ لأن الاختلاف في النية يقتضي سقوط اعتبارها، وظاهر[2] اللفظ يقتضي وقوع البينونة؛ إذ لو اقتصر عليه ولم ينو أحدهما لاقتضى نفوذه؛ لأنه خلع مجهول غايته أن المسمى لا يثبت، ويرجع إلى مهر المثل، وهنا الأصح أنه لا يستحق [مهر المثل، لكن الزوج يدعي باختلاف النيتين عدم نفوذ البينونة، وأنه لا يستحق][3] عوضًا فيؤاخذ، ثم إذا نفذت البينونة وكانت النية في نفس الأمر كما قال الزوج، فهل تنفذ البينونة باطنًا أيضًا؟ فالذي قاله الإمام، [وأشار إليه الغزالي أنها تنفذ أيضًا؛ لأن المقتضى لها الإيجاب والقبول، وقد وجد، وما في نفس الأمر هنا لا يمكن الاطلاع عليه، وما يكون كذلك لا يتعلق به حكم لا ظاهرًا ولا باطنًا.

قال الإمام:][3] وهو كما لو قال زيد: إن كان هذا الطَّائر غرابًا فزوجتي طالق، وقال عمرو: إن لم يكنه فزوجتي طالق، وأيسا من الاطلاع عليه، وما يكون كذلك لا يعلق به حكم لا ظاهرًا ولا باطنًا، وإن كان في علم اللَّه تعالى هو أحدهما، لكن لا يتعلق به حكم قال: وهذا بخلاف ما لو قال: أنتِ طالق وقال: أردت عن وثاق، فإن قلنا: يُديَّن فظاهر؛ لأنه يطلع على نية نفسه، وهنا

(١) ما بين المعقوفتين من (ك).

(٢) في (ن) و(ق): «سقوطه اعتبارًا بظاهر»، والمثبت من (ك).

(٣) ما بين المعقوفتين من (ن).

لا سبيل إلى اطلاع أحدهما على نية الآخر، وهذا يخالف ما ذكره في كناية[(١)] البيع.

وقد قال القاضي، والقفال، والبغوي في مسألة الطلاق: إنه لا يقع باطنًا وإن كان الواقع في نفس الأمر كما قال الزوج، وهو متجه أيضًا، وهو في تعليق القاضي، ولكنها في قول المختصر[(٢)].

وإن قالت: عليَّ ألف ضمنها لك غيري، أو علي ألف فلس[(٣)].

قاعـــدة

«إذا علق طلاقها بما يمكن الاطلاع عليه، فإذا ادعته وأنكر لم يقبل إلا ببينة، كدخول الدار، وإن كان لا يعلم إلا من جهتها لم يحتج إلى بينة في حق نفسها»[(٤)].

كما إذا علق بحيضها، فقالت: حِضْتُ، فالقول قولها مع يمينها[(٥)]؛ لأن النساء مؤتمنات على ما في أرحامهن، ثم مجرد رؤية الدم لا يكفي، بل لا بد من الاعتماد على الأدوار وإنما[(٦)] يعرف من [١٥٦ن/ب] جهتها[(٧)].

---

(١) في (ن) و(ق): «كتاب».
(٢) يعني: مختصر المزني.
(٣) في (ن): «فليس».
(٤) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٢٧٧).
(٥) في (ق): «بينتها».
(٦) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «بما».
(٧) في (ن): «حيضتها».

وقد يحتج الناظر إلى [أن][(١)] هذا يعضد[(٢)] تفريق[(٣)] [الإمام][(٤)] مالك- رحمه الله- في الوديعة بين أن يدعي سببًا جليًّا فلا يُقبل إلا ببينة إذا كان يظهر مثله ويمكن في الغالب [١٤٠ق/ب] [الإشهاد عليه، وبين أن يكون خفيًّا يقبل من غير بينة، والفرق أن المودع ائتمنه][(٥)]، ومن ضرورته صدقه في دعواه ولم يأتمن الزوج الزوجة، وإذا علق على حيضها طلاق ضَرَّتها فادعته، لم يكتف بيمينها، وهذا [قد][(٦)] يشكل على الائتمان على ما في الأرحام، وعلى ما مر أن الأدوار إنما تعلم من جهتها، وإنما كان كذلك لأن قبول قولها من غير يمين متعذر، ونهاية[(٧)] الأمانة قبول القول باليمين، واليمين متعذرة لأنها لغيرها[(٨)].

ولو قال: «إن حضتِ فأنتما طالقتان»، فقالت: «حضتُ» حلفت ووقع عليها دون ضَرَّتها؛ لأن اليمين المشتملة على حق الحالف وحق غيره تثبت حق[(٩)] الحالف دون غيره.

وهذا هو الأصح، وفيه وجه حكاه صاحب «التقريب»: أنه يصدَّق في حق الأخرى، ويقع عليها الطلاق، وكذا لو قال: «إن حِضتِ فضرتك طالق»،

---

(١) من (ك).

(٢) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «ويعضده».

(٣) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «بفرق».

(٤) من (ن).

(٥) ما بين المعقوفتين من (ق).

(٦) من (ن).

(٧) في (ن): «وبيانه».

(٨) يعني: أن يمينها لغيرها؛ إذ لا خصومة معها.

(٩) وقعت في (ن): «ويثبت من».

فقالت : « حضتُ » ، وكذبها ، فالقول قولها مع يمينها على هذا الوجه ، كما لو قال : « إن شاء زيد فأنت طالق » ثم قال : « شئت » بناء على أحد الوجهين ، وهو اختيار أبي يعقوب الأبيوردي ، والقاضي : أن المعلق عليه هو المشيئة الباطنة والتلفظ معتبر للدلالة عليه ، حتى لو كان كاذبًا في الباطن لا يقع باطنًا ، ولو قالت : « حضت » وهي كاذبة ، وكذلك لو خَلَّف ابنين[1] ودَيْنًا فادعى أحدهما وأقام بينة ، ثبت [بالبينة][2] حق الأخوين[3] ، وإن أقام شاهدًا وحلف معه ثبت حق الحالف دون حق أخيه ، وإن تعرّض في اليمين الواقعة [بما][4] يشمل ذكرها على تمام الدين ، ولها نظائر .

الأولى : لو قال : « إن أضمرت بُغضي فأنت طالق، فزعمت أنها أضمرت صُدِّقت ، وإن اتهمت حلفت ؛ إذ لا مطلع على مكنون الضمائر إلا من أربابها ، فلا وجه إلا أن يُصَدَّقوا ، وهذا أصل جار في العقود والنيات المعتبرة » .

الثانية : لو قال : « إن زنيت فأنت طالق » ، فقالت : « زنيت » ، فوجهان المذهب : أنها لا تطلق لإمكان اطلاع البينة[5] ، ورآه الآخرون من العمل المخفيّ ، ورجحه [١٥٧ن/أ] الغزالي .

الثالثة : لو قال : « إن ولدت فأنت طالق » ، فوجهان ، وقبول قولها أبعد منه في الزنا ، ولذلك[6] كان الأصح أنه لا يقبل قولها إلا ببينة ، كما لو قال : [١٤١ق/أ] :

---

(١) في (ن) : « اثنين » .

(٢) من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : « الأخرى » ، والمثبت من (ك) .

(٤) من (ك) .

(٥) في (ن) و(ق) : « الاطلاع على النية » ، والمثبت من (ك) .

(٦) في (ق) : « وكذلك » .

« إن دخلت الدار » ، فقالت : « دخلتُ » ، وهذا ما حكاه الماوردي عن جمهور أصحابنا ، والثاني : يقبل قولها [بيمينها ؛ لأن الشارع ائتمنها في حيضها وولادتها بدليل قبول قولها][١] في انقضاء العدة بالولادة ومضى الإقرار ، وعليه [مشى][٢] ابن الحداد ، والقاضي أبو حامد ، وحكاه القاضي أبو الطيب عن الأصحاب ، وحكاه الماوردي عن النص ، وأما قبول قولها في انقضاء [العدة][٣] فهو الصحيح .

وثالثها : إن ادعت وضع ولد كامل ، فلا بد من البينة وعليه [مشى][٤] أبو إسحاق المروذي .

ورابعها : إن ادعت وضع ميت لم يظهر فلا بد من البينة .

الرابعة : لو قال : « أبيني نفسَكِ » ، فقالت : « أبنت نفسي » وادعت [نية][٥] الطلاق وكذبها ، فالقول [قولها على الأصح مع يمينها ، والوجه الآخر حكاه القاضي والعراقيون : أن القول][٦] قوله ؛ لأن الأصل بقاء النكاح وعدم النية ، وقد حكاه الماوردي عن الإصطخري ، ولو فوض طلاقها إلى وكيله فقال لها : « أمرك بيدك » وقالت : « نويت الطلاق » ، فإن كذبه الزوجان لم يقع ، ولم يقبل قوله عليهما ، وإن كذبه الزوج وصدّقته الزوجة صدق الوكيل على الأصح ؛ لأن الزوج قد ائتمنه ، ووجْه الوجه القائل بتصديق الزوج : أن[٧] الأصل بقاء النكاح .

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٢) من (ن) .

(٣) من (ن) .

(٤) من (ن) .

(٥) سقطت من (ق) .

(٦) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٧) في (ن) : « لأن » .

الخامسة : لو أذن المرتهن للراهن في الوطء ، فأتى الراهن بولد وادعى أنه وطئها ، فأتت به ، وكذبه المرتهن في الوطء ، فالقول قوله على الأصح ؛ لأن الأصل عدمه ، ووجه الآخر : أنه قادر على الوطء فيقبل إقراره به ويعسر(١) الاطلاع عليه .

السادسة : لو قال : « إن أحببت دخول النار(٢) فأنت طالق » . فقالت : « أحببت دخولها » ، ففي وقوع الطلاق وجهان : أحدهما : لا يقبل قولها(٣) ؛ لأن أحدًا لا يحبُّ دخول النار ، فيقطع بكذبها .

والثاني : يقبل ، وتطلق لأنه لا يعرف [إلا](٤) من جهتها .

السابعة : لو ادعى السيد استبراء الأمة بالحيض وأنكرت وجود الحيض- فالقول قول السيد ؛ [مع أنه](٥) لا مطلع عليه إلا من جهتها ، ذكره ابن الرفعة في الكلام على تعليق الطلاق على حيضها .

الثامنة : إذا قيل له : طلقت زوجتك ، فقال : نعم ، قال [١٥٧ن/ب] بعض الأصحاب : تطلق ، وقيل : إن أراد الإقرار طُلقت ظاهرًا لا باطنًا ، وهذا يلتفت إلى قاعدة الفرق بين الإنشاء والإقرار ، وطرد الإمام والغزالي قاعدتهما فيها ، ولم(٦) يُوقعا الطلاق .

ويقرب من هذه القاعدة ما لو قال : « السلام عليك » ، فقال : « وعليك » ، فهل يصلح للجواب ؛ لأن العطف يجعل المعطوف عليه كالمعاد [١٤١ق/ب]؟ فيه الوجهان .

---

(١) في (ن) و(ق) : « ويعتبر » ، والمثبت من (ك) .
(٢) في (ن) : « الدار » .
(٣) في (ن) : « قوله » .
(٤) سقطت من (ن) و(ق) .
(٥) في (ن) : « لأنه » .
(٦) في (ن) و(ق): «ولو» .

التاسعة : لو قيل له : « طلقت زوجتك على سبيل الالتماس لا الإنشاء » ، فقال : « نعم » ، هل يكون صريحًا في وقوع الطلاق أو كناية فيه ؟ ، [فيه][1] قولان ، أصحهما : أولهما[2] ، وهو يقدح في حصرهم الصرائح في لفظ الطلاق والسراح والفراق ، وينفي لفظ الحرام إذا شاع ، ولفظة « نعم » بعد الالتماس مع قولهم : إن الكناية لا تصير صريحًا بالتماس المرأة الطلاق ، فلو قالت : « طلقني » ، فقال : « أنت بائن » ، لكنه مستقل فلم يحتج أن يبني على كلامها بخلاف لفظة : « نعم » ، وقد حكى الكيا في « زوايا المسائل »[3] عند الكلام في كنايات الطلاق أنها لا تصير صريحًا بالسؤال ، فإن من أصحابنا من قال : لا يكون أيضًا إقرارًا بالطلاق ، لأنها لا تستقل مقيدًا إلا بضميمة[4] السؤال ، بخلاف قول الزوج عند سؤالها الطلاق[5] : أنت [طالق][6] بائن ، وهذا نظير قول الأصوليين : إن كلام الشارع يقصر على السبب ؛ إذا[7] كان [لا][8] يستقل بالخطاب عريًّا عن السؤال ، وإذا[9] استقل وجب اتباع مقتضاه ، يعني : أنه إذا كان اللفظ عامًّا كان على عمومه على الصحيح

---

(١) من (ن) .

(٢) أي يقع صريحًا في الطلاق .

(٣) وقعت في (ن) : « وقد حكى الكتاني وأجرى المسائل » ، وفي (ق) : « وقد حكى الكتاني راوي المسائل » ، والمثبت من (ك) .

(٤) في (ن) و(ق) : « بضمير » .

(٥) في (ن) و(ق) : « الثلاث » .

(٦) من (ق) .

(٧) في (ن) : « إذ لو » .

(٨) سقطت من (ق) .

(٩) في (ق) : « وإن » .

وإن كان سببه خاصًّا، بخلاف ما إذا كان الجواب غير مستقل إلا بضميمة السؤال، كقوله ﷺ: «**أينقص الرطب إذا جف**»، قالوا: نعم، [قال][١]: «**فلا إذن**»[٢].

ومن أصحابنا من طرد أيضًا نحو ما تقدم، فحكى الرافعي بعد الكلام في مسألة الحرام عن القاضي حسين، وبه أجاب في فتاويه: فيما[٣] لو قيل للشخص[٤]: «فعلت كذا»، فأنكر، فقيل له: «[فإن كنت][٥] فعلت كذا، [فامرأتك طالق][٦] فقال: «نعم»، أنها لا تطلق، وأن البغوي قال: ينبغي أن يكون على القولين.

العاشرة: في الباب الرابع في الخلع في الرابعة من «الوسيط» وفي الخامسة فيما لو قالت[٧]: «أبنّي بألف»، فقال[٨]: «أبنتُكِ»[٩] [١٥٨ن/أ] فالأصح أنه كالمعاد في جوابه، فلا يقع، لأنه إنما رضي بعوض، ولم يوجد منها نية[١٠]

---

(١) سقطت من (ن).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» [كتاب البيوع- باب ما يكره من بيع الثمر- حديث (٣)]، وأبو داود في «السنن» [كتاب البيوع- باب في التمر بالتمر- حديث (٣٣٥٩)].

(٣) في (ن): «فيه ما».

(٤) في (ن): «للمستحق».

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

(٧) في (ن) و(ق): «قال».

(٨) في (ق): «فقالت».

(٩) في (ن): «أتيتك».

(١٠) في (ن) و(ق): «بغير»، والمثبت من (ك).

الفراق، فلا يصح الالتزام فصار كما إذا ذكر المال من الجانبين، وفيه وجه أن الطلاق يقع رجعيًا، ويجعل قوله: «أبنتك» كالمستقل من غير تقدم التماس.

الحادية عشرة: إذا استعار شيئًا ليرهنه بدينٍ معين؛ فلا يجوز أن يخالف ما عين، فلو قال: «أعرني لأرهنه على كذا»، فأعاره هل يتقيد بما ذكره المستعير؟ فيه وجهان، أصحهما: المنع تنزيلًا للإيجاب على الالتماس [١٤٢ق/أ].

قاعـــدة

«إذا تردد لفظ يعلق الطلاق بين وجه استحالة ووجه إمكان هل ينزل على الاستحالة إذ الأصل بقاء النكاح، أو يحمل على الإمكان صونًا للكلام عن اللغو؟»[١]، فيه وجهان يقربان من تعارض الأصل والظاهر، وفيه صور[٢].

الأولى: لو قال: «إن حضتما [حيضة][٣] فأنتما طالقتان»، ففيه وجهان؛ لاستحالة اتحاد حيضة امرأتين، وإمكان أن يريد: كل واحدة تحيض حيضة، ومن أوقع الطلاق رأى أن المستحيل من باب الهزل، وهو جِد[٤] في النكاح.

---

(١) ومضمون هذه القاعدة يندرج تحت قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».
راجع هذه القاعدة ونظائرها في:
«الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٢٨٢)، «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/١٧٤)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/٢٩٣)، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (١/١٣٥)، «قواعد ابن رجب» (٢/٤٧١- ٥٠٩- ٥١٠)، «قواعد الزركشي» (١/١٨٣).

(٢) وقعت في (ن): «وقت».

(٣) من (ن).

(٤) في (ن) و(ق): «ويوجد».

وفي هذه المسألة ثلاثة أوجه : أحدها : أنه لغو ، فلا يقع ، وإن حاضتا لاستحالة وجود الصفة ، واشتراكهما في حيضة ، وأظهرهما : يلغو قوله : « حيضة » ويستعمل قوله : « إن حضتما » فتطلقان عند ابتداء الحيض بها ، ونسبه الرافعي إلى الشيخ أبي حامد ، وصاحبي « المهذب » و« التهذيب » .

وثالثها : حكاه ابن يونس عن تعليق الشيخ أبي حامد : أنهما تطلقان في الحال كالتعليق على المستحيل ، وقال الإمام : يحتمل أن يريد به إذا حاضت كل واحدة منكما حيضة ، وهو السابق إلى الفهم ، فيُنزَّل [عليه تصحيحًا للكلام ، ومقتضاه وقوع الطلاق عند][1] تمام[2] الحيضتين ، [ويجري الخلاف][3] فيما لو قال : « إن ولدتما فأنتما طالقتان » .

قال ابن القاص : يلغو ولا يقع به طلاق ، وقال غيره : هو كما لو قال : « إن ولدتما » ، ويحمل « ولدًا » [على][4] الجنس ، وقد قيل : إن هذا أصل السابقة ؛ فإن متقدمي أصحابنا وأصحاب [الإمام][4] أبي حنيفة اختلفوا فيها ، فقال الربيع ، وأبو يوسف : لا يلحقها طلاق ، وقال المزني ، ومحمد بن الحسن : إذا ولدتا طلقتا ، وقد اختلف [الإمام][4] الشافعي و[الإمام][4] أبو حنيفة فيما لو قال : [له][5] عليَّ مائة درهم إلا ثوبًا ، فقال [الإمام][4] الشافعي [١٥٨ن/ب] : إن كانت قيمته أقل من مائة درهم لزمته ، وهو بتقدير حذف مضاف حذرًا من التعطيل ، و[الإمام][4] أبو حنيفة

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٢) زاد في (ن) هنا كلمة : « منزلة » .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) من (ن) .

(٥) سقطت من (ق) .

يلغي الاستثناء ويلزمه بمائة، وناقض ذلك في استثناء الموزون من المكيل وعكسه.

الثانية: لو قال لامرأتيه: «إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقتان»، فدخلت كل واحدة منهما إحدى الدارين فوجهان.

أحدهما: يطلقان لدخولهما الدارين، **والثاني**: [لا][1]؛ لأن قضيته دخول كل واحدة منهما الدارين، وإذا دخلت كل منهما الدارين فلا امتناع فيه، إلا أن يكون المراد دفعةً [١٤٢ق/ب] [واحدة][2].

الثالثة: لو قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقتان.

قال الرافعي: قالوا: يقع الطلاق؛ لأنه لا يساغ[3] فيه الاحتمال الثاني في الدارين، وينبغي أن يجري فيه خلاف صورة الحيض السابقة.

الرابعة: لو قال لامرأته [و][4] أجنبية: «إحداكما طالق»، وزعم أنه أراد الأجنبية، فيه الخلاف، والإمام خرجه على القاعدة المذكورة، فقال: اللفظ إذا تردد على وجه يحتمل الاستحالة والإمكان هل يحمل على الأول أو على الثاني، فإن التعرض[5] للاستحالة يكاد يكون كالهزل ثم ذكر ذلك.

الخامسة: إذا قالت المرأة[6]: «واللَّه لا[7] أتزوج»، قال أبو علي في «الإفصاح»: لا تحنث إذا زوَّجها وليُّها.

السادسة: من هذه المادة ما إذا خالعها قبل الدخول بنصف الصداق

---

(١) من (ك).

(٢) من (ق).

(٣) في (ن): «لأنه امتناع».

(٤) في (ن): «أو».

(٥) في (ن): «التعريض».

(٦) وقعت في (ن) و(ق): «إذا قال لامرأته»، والمثبت من (ك).

(٧) في (ن) و(ق): «أنا».

وأطلق[١]، فهل ينزل على النصف الذي يبقى لها أو يشيع؟ فيه قولان، أصحهما عند الأكثرين :أنه يشيع لإطلاق[٢] اللفظ، وكأنه خالعها على نصف نصيبها ونصف نصيبه، فيبطل في نصف نصيبه، وفي نصف نصيبها قولا تفريق الصفقة إن لم يصح بقي لها عليه نصف الصداق، وله عليها مهر المثل في أصح القولين ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر[٣]، وإن صح في نصف نصيبها فلها عليه ربع الصداق، ويسقط الباقي بحكم التشطير، وعوض الخلع، ثم أحد القولين: أنه لا يستحق بعوض الخلع إلا الربع الذي صح[٤] الخلع فيه، والأظهر: أن له مع ذلك نصف [١٥٩ن/أ] مهر المثل[٥]، وربع مثل الصداق أو قيمته على القول الآخر.

السابعة: تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة[٦] بالسوية، هل ينزل على النصف الذي له أو يشيع[٧]؟ فيه قولان.

الثامنة: لو قال: أنت طالق طلقة تحت طلقة، أو تحتها طلقة، أو فوق طلقة، أو فوقها طلقة، فذهب الإمام، والغزالي، والأئمة فيما حكاه الإمام إلى أن هذه الصيغ تقتضي الجمع، كما لو قال: أنت طالق طلقة معها طلقة، فيكون في المدخول بها على ذلك الخلاف، [وجزم][٨] في «التتمة»، بأنه لا يقع في غير المدخول بها إلا

(١) في (ن): «وطلق».
(٢) في (ن): «أنه لا يقع لاختلاف».
(٣) أي: في القول الآخر.
(٤) في (ن): «يصح».
(٥) أي: على أحد القولين، وهو أصحهما.
(٦) في (ن) و(ق): «من البعض المشترك»، والمثبت من (ك).
(٧) في (ن) و(ق): «يشفع».
(٨) سقطت من (ن).

واحدة؛ لأن وصف الطلاق بالفوقية والتحتية محال، فيلغو الوصف ويصير كأنت طالق، وفي المدخول بها أيضًا وجه: أنه لا يقع إلا واحدة، ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طلقة، قبلها طلقة فيبني [١٤٣ق/أ] على أنه لو كان ذلك في المدخول بها تقع الطلقة المذكورة أولًا، ثم تقع التي عبر عنها بقوله «قبلها»، لأنها متقدمة في اللفظ، [أو][١] تقع الأخرى أولًا؛ لأنها سابقة في المعنى؟ فيه وجهان، فعلى الأول يقع في غير المدخول بها واحدة فقط، ولا يلحقها شيء آخر، وعلى الثاني: هل تقع واحدة أو لا يقع شيء؟

فيه وجهان: أحدهما لا يقع شيء؛ لأنه أوقع طلقة مسبوقة بطلقة، ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها، فألغى اللفظ، وإلا كان الواقع غير[٢] ما أوقعه، وأصحهما: أنه يقع واحدة؛ لأن مقصوده توزيع الطلقتين على زمانين، لا أنه يصير طلقة وصفًا لطلقة، ولذلك لو قال: أنت طالق طلقة [قبل طلقة][٣] تقع واحدة.

التاسعة: لو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق ولم ينو واحدة منهما، يقع الطلاق على زوجته، قاله البغوي في «فتاويه» وقال ابن الرفعة: وكلام الماوردي يدل عليه فيما لو قال [ذلك][٤] لمن نكحها نكاحًا صحيحًا، ومن نكحها فاسدًا، ووجهُه[٥] أنه [يقع][٦] الطلاق في محله وغير محله فينصرف إلى محله، لقوته وسرعة نفوذه[٧].

(١) في (ن): «و».

(٢) في (ن) و(ق) هنا زيادة: «المدخول بها»، والتصويب من (ك).

(٣) من (ك).

(٤) من (ن).

(٥) وقعت في (ن) و(ق): «ومن نكحها وكانت زوجته»، والمثبت من (ك).

(٦) من (ن).

(٧) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «مودته».

العاشرة : لو قال لامرأته العمياء : إن رأيت زيدًا [١٥٩ن/ب] فأنت [طالق][1] ، فالأصح أنه تعليق بمستحيل فلا يقع في الحال ، وقيل : يحمل على اجتماعهما في مجلس ، إذ الأعمى قد يقول : رأيت فلانًا ، يريد حضوره وإياه ، فعلى هذا لو قال : أردت به [رؤية][2] العين ، قال القاضي حسين : لا يقبل على الأصح ، وقال المتولي : لا يقبل ظاهرًا قطعًا .

قاعـــدة

« **الاعتبار بحال التعليق أو بحال وجود الصفة** »[3] . فيه خلاف في صور .

الأولى : إذا قال العبد[4] : إذا دخلتِ الدار فأنت طالق ثلاثًا ، ثم عُتق ثم دخلت الدار ، فوجهان :

أحدهما : تقع طلقتان[5] ، **والثانية**[6] : لم يملكها بعد وكان كالطلاق[7] قبل النكاح ، وأصحهما : يقع نظرًا إلى حال وجود الصفة ، قال الإمام : والأول أقيس .

---

(١) من (ن) .

(٢) من (ق) .

(٣) وتندرج هذه القاعدة ضمن أصل كبير يتخرج عليه مسائل هي أمهات في أنفسها وقواعد في أبوابها ، كما قال تاج الدين بن السبكي ، هذا الأصل هو : « هل الاعتبار بالحال أو بالمآل ؟ » .
راجع هذا الأصل وما يندرج تحته من قواعد ونظائر في :
« الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٠٤ ، ٣١٤) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ١٠٣ - ١٠٤) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٣٧٨) ، « القواعد » لابن رجب (٢/٦٠٩) .

(٤) أي : قال لزوجته .

(٥) وقعت في (ن) : « طلقتين » .

(٦) في (ق) : « والثالثة » .

(٧) في (ن) و(ق) : « الطلاق » .

الثانية : إذا قال لأمته : إذا علقت بمولود بعد لفظي هذا فهو حرٌّ ، فإن[١] أتت به هل تنفذ[٢] الحرية ؟ على وجهين : أحدهما : لا ؛ لأنه لم يكن مالكًا [له][٣] حال التعليق لعدم وجوده ، والثاني : نعم ؛ نظرًا إلى حالة الصفة ، وأصل الملك .

الثالثة : إذا أوصى له بثلث ماله هل يعتبر ثلثه حالة الموت أو [حال][٤] الوصية ؟ [١٤٣ق/ب] فقولان ، لعل أصلهما هذه المسائل .

الرابعة : إذا قلنا : إن طلاق الفار لا يقع ، فلو علق طلاقها في الصحة على صفة[٥] وجدت في المرض وكانت الصفة قد توجد في الصحة ، وقد توجد في المرض كقوله : إذا قدم زيد فأنت طالق ، ففيه قولان ، أصحهما : أنه ليس بفار ، ولو علق بفعل من أفعال نفسه ثم أتى به في المرض ، فالظاهر عند الإمام والغزالي أنه ليس بفار ، وقيل بطرد القولين اعتبارًا بحال التعليق ، وكذا لو قال : في أثناء مرض الموت[٦] ، فالأصح أنه فار ، وقيل بطرد القولين .

الخامسة : إذا قال : أنت طالق إن شاء زيد ، فخرس فهل تكفي إشارته ؟ وجهان ؛ أصحهما : نعم ، [أي][٧] لأنه في حال بيان المشيئة من أهل الإشارة ، والاعتبار بحال البيان ، لا بما تقدم ؛ ولهذا لو كان عند التعليق أخرس ثم صار ناطقًا كانت[٨] مشيئته بالنطق .

---

(١) في (ق) : « فإذا » .
(٢) في (ن) : « تنفك » .
(٣) من (ن) .
(٤) من (ق) .
(٥) في (ن) : « صحة » .
(٦) أي : قال : أنت طالق .
(٧) من (ن) .
(٨) في (ن) و(ق) : « كان » .

والثاني : لا[١] ، ولا يقع الطلاق [٥١٦٠/أ] وهو اختيار الشيخ أبي حامد ؛ لأن المشيئة عند التعليق كانت بالنطق .

السادسة : رهن الرقيق المعلق [عتقه][٢] بصفة يحتمل تقدمها [على][٣] حلول الدين، لا يصح ، وإن كان [يعلم][٤] تأخرها عن حلوله[٥] صح ، وبيع في الدين ، فإن لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة بنى على القولين إن قلنا : الاعتبار بحال التعليق عتق، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن إن كان جاهلًا ، وقال المتولي : لا يتخير ، وإن قلنا : الاعتبار بحال وجود الصفة فهو كإعتاقه[٦] .

السابعة : إذا قال لها : إن دخلت الدار أو قدم زيد فأنت طالق ، فوجدت الصفة في الحيض وقع بدعيًا ولا إثم فيه حتى تستحب [له][٧] المراجعة[٨] ، ولم يأت فيه الخلاف في القاعدة ، نعم قال القفال : هو بدعي بمجرد التعليق لاحتمال وجود الصفة في الحيض ، ويمكن أن يقال : إذا وجدت الصفة بفعله فهو بدعي أو بفعل أجنبي [فلا][٩] .

الثامنة : إذا قلنا لا ينفد[١٠] عتق الراهن ، فلو علق في الرهن ثم وجدت الصفة

---

(١) أي : لا تكفي إشارته .
(٢) من (ق) .
(٣) من (ن) .
(٤) سقطت من (ن) و(ق) .
(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « وإن كانت يتأخر حلوله » ، والمثبت من (ك) .
(٦) أي : كإعتاق المرهون .
(٧) من (ن) .
(٨) في (ن) : « الرجعة » .
(٩) من (ن) .
(١٠) في (ن) و(ق) : « يبعد » .

بعد الانفكاك ففيه وجهان ، أصحهما : الصحة .

وقال الغزالي في « بسيطه » بعد أن حكى عن الإمام أن الخلاف يجري في العبد وإن علق الطلقات الثلاث على العتق ، وههنا لو علق على فكاك الرهن نفذ قطعًا .

قال الغزالي : فقد ظهر خلاف الأصحاب في أن الاعتبار بحال التعليق أو بحال وجود الصفة [١٤٤ق/أ] [في][١] مسائل ، وليس يبعد من هذا الأصل تقدير الخلاف ، وإن علق على[٢] الفكاك ، وقال الإمام هنا : لو علق عتق عبد بالصفة ثم رهنه فوجدت الصفة بعد لزوم الرهن ، فيه خلاف مشهور .

وللمسألة نظائر يجمعها : أن الاعتبار بحال التعليق أو بحال وجود الصفة ، وعليه يخرج خلاف الأصحاب في أن الصحيح إذا علق عتق[٣] عبد بصفة ، ثم وجدت في مرض الموت ، فهل يجب العتق من رأس المال[٤] ، أو من الثلث ؟ فيه خلاف .

وكأن حاصل فرق الإمام أن العبد حال التعليق لا يملك الثالثة .

التاسعة : لو قال لأجنبية : إن نكحتك فأنت عليَّ كظهر أمي ، فنكحها لم يصر مُظاهرًا في أصح القولين ، وكذا [إذا][٥] قال لأجنبية : إن نكحتك ثم دخلت الدار فأنت طالق هل يلحقها ؟

العاشرة : إذا علق الطلاق على قدوم زيد فقدم وهي حائض ، قال الغزالي : [١٦٠ن/ب] نفذ الطلاق بدعيًا ، وإن لم يكن في حال التعليق من [أهل][٦] السنة

---

(١) من (ك) .

(٢) في (ن) و(ق) : « قبل » .

(٣) في (ن) : « عند » .

(٤) وقعت في (ن) : « الأم » .

(٥) سقطت من (ن) و(ق) .

(٦) من (ق) .

والبدعة ، نظرًا إلى حالة الوقوع لا إلى حالة التعليق .

فائدة : ما يتردد المذهب [في][(١)] أنه للتعريف أو للشرط فيه صور[(٢)(٣)] :

الأولى : إذا قال لزوجته : إن ظاهرت[(٤)] من فلانة الأجنبية [فأنت][(٥)] علي كظهر أمي ، فتزوج الأجنبية وظاهر منها ، فهل يصير مظاهرًا من زوجته ؟ خلاف مبني على أن لفظة : « الأجنبية » للتعريف أو للشرط ، **قلت**[(٦)] : والأصح الأول .

الثانية : لو حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخًا ، ففي الحِنث خلاف مخرج على هذا وعلى الإشارة والعبارة .

الثالثة : لو حلف لا يركب دابة العبد ، فعتق وملك دابة وركبها الحالف حنث ، هكذا قال الغزالي ، وقال ابن كج : لا يحنث[(٧)] .

وقال الرافعي : ينبغي أن يقال : إن قال [لا أركب دابة هذا العبد ، ولم يزد حنث ، وإن قال][(٨)] : لا أركب دابة عبد لم يحنث ، وإن قال : لا أركب دابة هذا العبد فليكن على الخلاف[(٩)] ، وهذا الذي قاله لا شك فيه ، ولكنه ليس استدراكًا إنما هو سرد[(١٠)] مسائل ، وهذا مبني على أصلنا أن الإضافة تقتضي الملك ، فلا

---

(١) من (ن) .

(٢) في (ن) : « أمور » .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٢٢) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣١٤) .

(٤) في (ق) : « إذا تظاهرت » .

(٥) من (ن) .

(٦) القائل : هو ابن الملقن .

(٧) في (ن) : « يجب » .

(٨) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٩) أي : الخلاف فيما إذا حلف لا يكلم هذا العبد فعتق ثم كلمه .

(١٠) في (ن) : « يرد » .

يحنث بما جعل باسم العبد من دابة أو دار ، إلا أن ينويه .

و[الإمام][(١)] أبو حنيفة يرى حنثه للإضافة[(٢)] العرفية ، فإن ملَّكه السيد دابة فالجمهور على أنه يُخرج على أن العبد هل [يملك][(٣)] بتمليك السيد أم لا ؟ إن قلنا بالصحيح أنه [١٤٤ق/ب] لا يملك لم يحنث الحالف بركوبها ، وإلا[(٤)] حنث ، وقال ابن كج : [لا][(٥)] يحنث ، [وإن قلنا : يملك][(٦)] ؛ لأن ملكه ناقص ، والسيد متمكن من إزالته ومنعه من التصرف ، فكأنه بينه وبين سيده ، وصار كما لو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة مشتركة بينه وبين غيره ، وفيه نظر ، فإن ما ذكره ليس كذلك ؛ لأن السيد شريكه ، بل لأن ملك العبد ضعيف يجري مجرى ما يملكه المكاتب العاجز ، فلا نقول : إن السيد يملك بعض هذه الدابة على القول بملك العبد .

الرابعة : لو نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم [فيه][(٧)] فلان ، فقدم في أثناء النهار ، فهل نقول إن لفظة القدوم للتعريف أو للشرط[(٨)] ؟ [إن قلنا : للتعريف][(٩)] وقدم والناذر مفطر ، فإنه يجب عليه القضاء ، [ويكون القضاء][(١٠)] عن اليوم الواجب صوم جميعه ، كما إذا أصبح يوم الشك مفطرًا ؛ فإنه يلزمه القضاء عن يوم الشك

---

(١) من (ن) .

(٢) وقع في (ن) و(ق) : «لإضافة للإضافة .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) في (ن) : « ولا » ، أي : وإن قلنا : يملك ، حنث .

(٥) من (ن) .

(٦) من (ك) .

(٧) من (ن) .

(٨) أي : لشرط الوجوب .

(٩) من (ن) .

(١٠) من (ق) .

جميعه ، هذا هو الأصح .

وإن قلنا : للشرط ، فالقضاء أيضًا واجب ، ولكنه عن بعض يوم [ووجب قضاء جميع اليوم لتعذر صوم بعض يوم][1] وليس كما إذا نذر صوم بعض يوم حنث لا ينعقد على المذهب ؛ لأنه نذر صوم يوم كامل ، لكن شرط الوجوب حصل في البعض ، فهو كما إذا شرع في صوم تطوع ثم نذر إتمامه[2] يلزمه على المذهب ، ويكون واجبًا من حين نذر ، كما في جزاء الصيد [و][3] يصوم عن كل مد يومًا ، ولو فضل نصف مد يصوم يومًا تامًا ، والواجب منه نصف يوم .

ويتعلق بهذا الخلاف فوائد :

- **منها** : قال بعضهم : القولان في انعقاد النذر من أصلهما ينبني على هذا الخلاف ، فعلى الأول ينعقد النذر ، ولا ينعقد على الثاني .

- **ومنها** : لو نذر اعتكاف[4] ذلك [اليوم][5] فقدم نصف النهار ، فعلى الأول يعتكف النصف ويقضي ما مضى ، قال الصيدلاني : أو يعتكف يومًا مكانه .

قال الرافعي : وقضية تعين الزمان للاعتكاف أن يتعين الأول ، والظاهر التعيين ، وإن قلنا بالثاني اعتكف باقي اليوم ولا يلزمه شيء آخر .

- **ومنها** : لو قال لعبده : أنت حر اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فباعه ضحْوة ثم قدم في بقية اليوم ، فإن قلنا بالأول بان بطلان البيع وحرية العبد ، وعلى الثاني : البيع صحيح ولا حرية ، هذا إذا قدم بعد لزوم العقد ، فأما إذا كان في مدة خيار البائع ،

---

(١) من (ك) .

(٢) في (ن) : « إقامة » .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ن) : « إعتاق » .

(٥) من (ك) .

فالعتق [١٤٥ق/أ] واقع [على][1] أحد الوجهين ؛ لأنه إذا وجدت[2] [الصفة والخيار ثابت للبائع يحصل العتق ، ولو مات السيد ضحوة ثم قدم [فلان][3] لم يورث على الوجه الأول ويورث [على][4] الثاني ، ولو أعتقه عن الكفارة لم يجزئه على الأول ، ويجزئه على الثاني .

- **ومنها** : إذا قال لزوجته : إذا قدم فلان فأنت طالق ، فماتت أو مات الزوج [في بعض اليوم ، ثم قدم في بقية ذلك اليوم][5]، فعلى الأول بان أن الموت بعد الطلاق فلا توارث إن كان الطلاق بائنًا ، وعلى الثاني : لا يقع الطلاق كما إذا قال : إذا قدم فلان فأنت طالق فمات أحدهما قبل قدومه ، وإن خالعها في صدر النهار وقدم في آخره ، فعلى الأول يقتضى بطلان الخلع إن كان الطلاق بائنًا ، وعلى الثاني يصح الخلع ، ولا يقع الطلاق ، كما إذا قال : أن أعطيتني هذا الثوب الهروي ، فبان مرويًّا وبالعكس ، فوجهان عن القاضي أحدهما : لا تطلق ، كما لو قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، وينزل اللفظ على الاشتراط ، والأشبه : كما قال الرافعي : أنها تطلق ؛ لأنه أشار إلى عين[6] الثوب ، وذكر الهروي أنه جاء على وجه التعريف .

- وإذا قال لحوامل : متى ولدت واحدة منكن فصواحباتها طوالق ، فولدن على التعاقب ، وفيها وجهان : أصحهما - وهو قول ابن الحداد - : أن الرابعة تطلق ثلاثًا][7] .

---

(١) سقطت من (ن) .

(٢) في (ن) : « وجد » .

(٣) من (ك) .

(٤) من (ك) .

(٥) من (ك) .

(٦) في (ق) : « غير » .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

وكذا الأولى إن بقيت في عدتها، والثانية [طلقة ، والثالثة][(١)] طلقتين، وانقضت عدتهما بولادتهما .

والثاني : لا تطلق الأولى وتطلق الباقيات طلقة ، وهو قول ابن القاص ، وحكاه في « الشامل » عن جماعة من أصحابنا، ومنهم شيخه أبو الطيب؛ لأنهن خرجن بالولادة عن كونهن صواحبات لحصول البينونة ؛ إذ الثانية لما ولدت فقد انقضت عدتها بولادتها ، فلم تكن الأولى ولا الباقيات صاحبات لها ، وكذا الكلام في اللتين[(٢)] بعدها ، ووجه الرافعي قول ابن الحداد بأنهن ما دُمن في عدة [الرجعية][(٣)] لا يخرجن عن كونهن زوجـات [له][(٤)] ، وكون بعضهن صواحب الباقي، وفيه نظر [١٦١ن/أ]؛ لأن الثانية لما ولدت انقضت عدتها بولادتها فلم تكن الأولى ولا الباقيات صواحبات[(٥)] [لها][(٦)] لبينونتها، وكذا الكلام في اللتين بعدها كما ذكرنا ، وقال الماوردي: الأصح عندي [١٤٥ق/ب] أنه يراجع الزوج ، فإن أراد بقوله : صواحباتها طوالق ، [الشرط][(٧)] فالجواب ما قاله ابن القاص ، وإن أراد التعريف فالجواب ما قاله ابن الحداد ، وإن أطلق [أو][(٨)] مات ولم تُعرف إرادته حمل على التعريف ؛ لأن الشروط عقود لا تثبت بالاحتمال .

---

(١) من (ن) .

(٢) في (ن) : « التي » .

(٣) من (ق) .

(٤) من (ن) .

(٥) في (ن) : « صواحبًا » .

(٦) من (ن) .

(٧) من (ك) .

(٨) في (ن): «و».

واعلم أن قول الأصحاب « وصواحباتها » [هو][(١)] لغة ، وعليه حمل ما روي : « **إنَّكُنَّ صواحبات يوسف** »[(٢)] ، وأفصح اللغتين « فصواحبها » بحذف الألف والتاء مثل : ضاربة ، وضوارب .

وقد يتردد في اللفظ بين كونه شرطًا أو غيره كما [لو][(٣)] قال : زوجتك على ما أمر اللَّه به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فأحد الوجهين بطلان النكاح لِشرط الطلاق ، وأصحهما : الصحة حملًا على أنه للتذكير والموعظة ، وفصل الإمام بين أن يقصد هذا أو[(٤)] ذاك أو يطلق ، فإن قصد[(٥)] شيئًا رتب عليه حكمه ، ولو[(٦)] أطلق لم[(٧)] يبطل حملًا له على التذكير وهو لقرينة الحال[(٨)] ، وقريب مما تقدم عن الماوردي .

ولو قال : أنت طالق يوم يقدم فلان [ثم قدم ليلًا][(٩)] ، فالأصح : أنه لا يقع لأن الشرط لم يوجد ، والثاني : يقع ؛ إذ المراد الوقت لقوله تعالى : ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ﴾ [الأنفال : ١٦] .

ولو قال لوكيله[(١٠)] : استوفيت ديني الذي على فلان ، فهل له أن يستوفيه من

---

(١) من (ق) .

(٢) كما في « البخاري » [كتاب أحاديث الأنبياء- باب قول اللَّه تعالى : ﴿لَّقَدْ كَانَ فِي يُوسُفَ وَإِخْوَتِهِۦٓ ءَايَٰتٌ لِّلسَّآئِلِينَ﴾- حديث رقم (٣٣٨٤)] .

(٣) من (ك) .

(٤) في (ن) : « أم » .

(٥) في (ق) : « أطلق » .

(٦) في (ق) : « وإن » .

(٧) في (ن) و(ق) : « ما » .

(٨) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «قرينة للحال».

(٩) من (ق) .

(١٠) في (ن) : « أو وكيله » .

وارثه إذا مات من عليه الدين؟ فيه وجهان إن جعلنا الصفة التي[1] [في] قوله : « على فلان » للتعريف كان له أن يستوفيه من الوارث، وإن جعلناها للشرط لم يكن له استيفاؤه بينه، وأصل هذه القاعدة المذكورة أن أصل وضع اللفظ أن[2] يجيء للتخصيص أو للتوضيح نحو : مررت برجل عاقل، ويريد العلم، ويعبر عنها أيضًا بالشرط، والتعريف كما أسلفناه، لأن تخصيص الموصوف بتلك الصفة بمنزلة اشتراطه فيه، ووقع الخلاف في ذلك بحسب تردد هذين المعنيين في الكتاب والسنة أيضًا، قال الله تعالى : ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبۡدًا مَّمۡلُوكًا لَّا يَقۡدِرُ [١٦٢ن/أ] عَلَىٰ شَيۡءٖ﴾ [النحل : ٧٥] صفة ثانية لعبد فإن حملت على التوضيح، فإن فيه متمسكًا للجديد أن العبد لا يملك شيئًا، وإن ملكه السيد أو غيره، أي هذا شأن [١٤٦ق/أ] العبيد، وإن جعلت للتخصيص كان فيه متمسك للقديم وهو مذهب [الإمام][3] مالك أنه يملك؛ لأن (شيئًا) من الآية[4] يقتضي تخصيص هذا العبد بهذه الصفة، فيقتضي تقريبًا[5] أنه يملك شيئًا .

وقال ﷺ في العارية : « **عارية مضمونة** »[6] ومذهبنا أنها مضمونة إلا ما

(١) في (ن) و(ق) : « الذي » .

(٢) في (ن) : « أو » .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ق) : « العبد » .

(٥) في (ق) : « بقومها » .

(٦) أخرجه أبو داود في «السنن» [كتاب الإجارة - باب في تضمين العارية - حديث رقم (٣٥٦٢)]، والدارقطني في «السنن» [كتاب البيوع - باب العارية - حديث رقم (٢٩٥٥)].

يستثنى، فتكون الصفة هنا للتوضيح أن هذا شأن العارية، ومن يقول: إنها لا تضمن [مطلقًا][١] يجعل الصفة هنا للشرط لكن يلزمه أن يقول: إنها تضمن إذا شرط الضمان.

قاعـــدة

« ما ثبت شرعًا أولى مما يثبت شرطًا »[٢].

فإذا قال: طلقتك [بألف][٣] على أن لي الرجعة سقط قوله: بألف، ويقع رجعيًا على الأصح؛ لأن المال يثبت بالشرط والرجعة تثبت بالشرع، فالساقط المال المعين لا مطلق المال، فليس دفع المال أولى من دفع الرجعة.

ومن ذلك تدبير المستولدة، فإنه لا يصح؛ لأن عتقها عند الموت ثبت شرعًا فلا يحتاج وقت الموت إليه.

ونظيره الشرط الذي يقتضيه العقد، فإنه لا يضر التعرض له؛ لأنه مستفاد من الشرع وابتداؤه مدة الخيار [المشروط][٣] من حين العقد لا من التفرق على الأصح، وقيل من التفرق؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع فلا يحتاج إلى الشرط، وتشبه هذه القاعدة نذر الفرائض، فإنه لا يصح؛ لأنها ثابتة بالشرع، فورود الالتزام عليها لا يؤثر.

---

(١) من (ق).

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/١٤٩)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٣٣٢)، « قواعد الزركشي » (٣/١٣٤).

(٣) من (ن).

قاعـــدة

« **كل حيض يحرم الطلاق فيه** »[١] ، إلا مسائل :

- **منها** : حيض الحامل بناء على أنها قد تحيض ، وهو الأظهر ، فإن طلاقها فيه لا يحرم لعدم التأدية إلى تطويل العدة ، قال الرافعي : وعن [الشيخ][٢] أبي إسحاق أنها لو كانت ترى الدم وجعلناه حيضًا فقال لها : أنت طالق للسنة ، لا يقع عليه الطلاق حتى تطهر .

قال : وعلى هذه فللحامل حال بدعة كما للحائل، أي فيكون بدعيًّا عنده ، وذكره الرافعي فيمن قال : أنت طالق للسنة ؛ لأن لفظها محمول عند الإطلاق على المتعارف شرعًا ، وهو غير الحائض[٣] ، وحيض الحامل [١٤٦ق/ب] صورة نادرة لا يشملها [١٦٢ن/ب] الإطلاق ولا يكون مراده منه .

- **ومنها** : إذا قال : أنت طالق في آخر حيضك أو مع آخر حيضك ، فالأصح أنه سني مع وقوعه في الحيض .

فائدة : ضابط مسائل الخلع .

فإن منها ما يقع فيه الطلاق بالمسمى .

- **ومنها** : ما يقع بمهر المثل- ومنها ما يقع رجعيًّا- ومنها ما لا يقع أصلًا[٤] .

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٦)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٧٥٥)، « قواعد الزركشي » (٣/١١٤) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ن) : « الحاصل » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٨٢) .

فالأول: أن تكون الصيغة والعوض صحيحين[١] .

والثاني: أن تكون الصيغة صحيحة والفساد في العوض .

والثالث: هو الذي يكون الفساد فيه من جهة الصيغة ، ويكون الطلاق فيه من جهة الزوج منجزًا[٢] .

والرابع: هو الذي يكون الطلاق فيه [معلقًا][٣] ولم يوجد شرطه .

❋ ❋ ❋

---

(١) في (ن) و(ق) : « صحيحًا » .

(٢) في (ن) : « متجردًا » .

(٣) من (س) .

كتاب الظهار

قاعـــدة

« اختلاف أصحابنا في أن المغلب في الظهار مشابهة اليمين أو الطلاق يظهر في مسائل »[(١)] :

- **منها** : إذا ظاهر عن أربع نسوة بكلمة واحدة . فقال : أنتن عليَّ كظهر أمي ، [فإن لم][(٢)] يطلقهن صار مظاهرًا عن الكل ، وهل يلزمه أربع كفارات أو كفارة واحدة ؟ ففيه قولان ، الجديد : [أنه يلزمه أربع كفارات تغليبًا لمشابهة الطلاق ؛ فإن الطلاق لا يفترق الحال فيه بين أن يطلقهن بكلمة أو بكلمات والقديم : أنه يلزمه][(٣)] كفارة واحدة تغليبًا لمشابهة اليمين ، كما لو حلف لا يكلم جماعة ، فإنه لا يلزمه بتكليمهم إلا كفارة واحدة ، وادعى القاضي حسين أن الخلاف في هذا الأصل يخرج من القولين في هذه المسألة ، وارتضى أن يخرج[(٤)] الأصل[(٥)] من الفرع ، وشبهه بقذف جماعة بكلمة واحدة ، حيث يلزمه [حد][(٦)] في قول و[حدود][(٧)] في قول ، ووجهه : أن الكلمة واحدة ، والمتعلق متعدد .

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١١٤) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٣٧٣/١) .
(٢) في (ق) : « بأن » .
(٣) ما بين المعقوفتين من (ن) .
(٤) في (ق) : « تخريج » .
(٥) في (ن) هنا زيادة : «مخرج» .
(٦) سقطت من (ن) .
(٧) سقطت من (ق) .

- **ومنها** : إذا ظاهر ظهارًا مؤقتًا ، فأصح الأقوال صحته مؤقتًا كاليمين والثاني : مؤبدًا كالطلاق إذا طلق شهرًا [مثلًا][1] ، والثالث : عدم صحته مطلقًا .

- **ومنها** : هل يجوز التوكيل في الظهار ؟ فيه وجهان : إن غلبنا مشابهة الطلاق [صح][2] وإلا لم يصح : إذ لا يصح التوكيل في اليمين .

- ومنها : هل يصح الظهار بالكتابة إذا كتب على شيء يثبت كالقرطاس مع النية ؟ ظاهر كلامهم عند الكلام في وقوع الطلاق بالكتابة أن يكون مظاهرًا ؛ لأنهم قالوا : كلما يستقل به الشخص فالخلاف [١٦٣ن/أ] فيه كوقوع الطلاق بالكتابة ، وهذا ما صرح به الماوردي [١٤٧ق/أ] ، وجزم بخلافه في الإيلاء ، وجزم القاضي حسين في الظهار بعدم الصحة ، وينبغي أن يخرج على الخلاف المذكور : إن غلبنا مشابهة اليمين[3] لم يصح [لعدم][4] انعقاد اليمين بالكتابة ، وقد يلتفت أيضًا إلى أن المغلب في الظهار معهود الجاهلية .

قاعـــدة[5]

« لا يزيد البعض على الكل إلا في مسألة واحدة »[6] :

وهي ما إذا قال : أنتِ عليَّ كظهر أمي كان صريحًا ولم يُدَيَّن[7] ، ولو قال : أنت علي كأمي لم يكن صريحًا فيدين .

---

(١) من (ق) .

(٢) سقطت من (ن) .

(٣) في (ن) : « الدين » .

(٤) من (ن) .

(٥) في (ق) : « فائدة » .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٤) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/ ٣٥٠) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/ ١٥٩) ، « قواعد الزركشي » (٣/ ٣٦١) .

(٧) تكررت هذه العبارة في (ن) .

قاعـــدة

قال الرافعي هنا عن الأئمة أنهم قالوا: «**ما يقبل التعليق من التصرفات تصح إضافته إلى بعض محل التصرف**»(١) وأخصَر من ذلك قول الغزالي في «الوجيز»: «**ما يقبل التعليق يكمل ببعضه**»، قالوا: وما لا يقبله لا تصح إضافته إلى بعض المحل، فمن(٢) مسائل القاعدة:

الأولى: الطلاق والعتق.

- **ومنها**: الحج، فإن تعليقه بحاضر يصح: [كقوله: أحرمت](٣) كإحرام زيد، وكذا المستقبل: [بأن يقول](٤): إذا أحرم فأنا مُحرم، أو إذا طلعت الشمس، على وجه، ومال الرافعي إلى ترجيحه، فإنه قال: «قياس تجويز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير تجويزه».

ولكن لا نسلم له فإن قوله: «أنا محرم كإحرام زيد» لا تعليق فيه بحاضر و[لا](٥) مستقبل بل هو جازم بإحرام بصفة(٦)، إنما التعليق بالحاضر أن يقول: إن كان محرمًا فقد أحرمت، وهو لا يصح.

وحكى القاضي أبو الطيب وجهين فيما إذا علق الإحرام بطلوع الشمس، ثم

---

(١) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣٨٣)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٦٧٢)، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٢/٣٥٨)، «قواعد الزركشي» (١/٣٧٠).

(٢) في (ق): «قاعدة».

(٣) من (س).

(٤) من (س).

(٥) من (س).

(٦) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «كإحرام بصيغة».

قال : « ويفارق قوله : كإحرام زيد ؛ لأن أصل الإحرام ينعقد حالًا ، وإنما علق صفته على شرط يوجد في ثاني(١) الحال فلم يضره » ، وسبق الرافعيَّ في تسمية ذلك تعليقًا جمعٌ منهم صاحب « البحر »(٢)، وعلى هذا قال أصحابنا : لو قال : أحرمت يومًا أو يومين ، صح وانعقد مطلقًا كالطلاق ، ولو قال : أحرمت بنصف نسك العقد(٣) كاملًا كما لو قال : أنتِ طالق نصف طلقة ، ونقل النووي هذا في « شرح المهذب » ثم قال : إن فيه نظرًا ، وأنه ينبغي أن لا ينعقد ؛ لأن الحج من باب العبادات ، والنية الجازمة من شروطها ، بخلاف الطلاق لبنائه على الغلبة والسراية وقبوله الإخطار(٤) والتعليق .

قلت : قد قيل : التعليق [١٦٣ن/ب] [عين الجزم](٥) ، وقد قال النووي : إذا [١٤٧ق/ب] صح تعليقه بإحرام الغير صح تعليقه بالشروط كالطلاق ، وقال بعضهم : ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا مسألة واحدة ، وهي الإيلاء يقبل(٦) التعليق مع كونه لا يصح إضافته إلى بعض ذلك المحل إلا الفرج .

قال البارزي [رحمه الله](٧) : وثانية ؛ وهي الوصية يصح تعليقها ولا يصح أن تضاف إلى بعض المحل ، انتهى .

وثالثة : التدبير يصح تعليقه بل لا يكون إلا كذلك ، ولو قال : دبرت يدك أو

---

(١) في (ق) : « باقي » .
(٢) فسوى بين : أنا محرم غدًا ، أو أحرمت كإحرام زيد .
(٣) في (ن) : «العبد» .
(٤) في (ن) : «الإفطار» .
(٥) في (ق) : « فأين » .
(٦) في (ن) و(ق) : « بعد » ، والمثبت من (س) .
(٧) من (ن) .

رجلك لم يصح على أحد الوجهين .

وأما القاعدة الثانية[(١)] فهي النكاح والرجعة ، فيستثنى منها مسائل :

- **منها** : الكفالة[(٢)] لا يصح تعليقها ، ويصح إضافتها إلى بعض المحل على الأصح [فيهما][(٣)] ، أو تعليق على وجه فيما لو[(٤)] اتحد العامل[(٥)] .

- **ومنها** : القذف لا يتعلق ، فلو قال : إن دخلت الدار فأنت زان ، لم يكن قاذفًا ، ولو قال : زنى قبلك[(٦)] أو دبرك ، كان قاذفًا .

- **ومنها** : تعليق الفسخ غير جائز كما تقرر في نكاح المشرك ، ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبًا ، وقلنا : لا يفرد[(٧)] المعيب بالرد وردَّه ، كان ردًّا لهما على أحد الوجهين .

- **ومنها** : لا يصح تعليق الرجوع في التدبير إن قلنا : يرجع بالقول ، كما جزم به الرافعي ، ولو قال : رجعت في رأسك ، ففي كونه رجوعًا [في جميعه][(٨)] وجهان في « الحاوي » .

❋ ❋ ❋

---

(١) أي : أن ما لا يقبل التعليق لا تصح إضافته إلى بعض ذلك المحل .

(٢) في (ن) و(ق) : « الكفارة » ، والمثبت من (س) .

(٣) كذا في (س)، وفي (ن): «منها» .

(٤) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «فيهما ولو» .

(٥) في (ن) و(ق) : « القاتل » .

(٦) في (ن) : « قلبك » .

(٧) في (ن) و(ق) : « يرد » .

(٨) من (ق) .

باب العدد والرجعة

قاعـــدة

« الحكم المعلق بالولادة تارة يعتبر فيه تمام الانفصال ، وتارة يعتبر فيه تيقن الوجود وإن لم ينفصل »[١] .

القسم الأول فيه مسائل :

- **منها** : انقضاء العدة بلا خلاف، ووقوع[٢] الطلاق المعلق على الولادة .

قال الرافعي : وسائر الأحكام ، قال : وفيه تسامح .

- **ومنها** : جواز الرجعة بعد خروج بعضه، والصحيح : نعم[٣] ، ولو طلقها وقع ، وقال القفال : لا رجعة .

- **ومنها** : وراثته مطلقًا ، وفيها[٤] وجه للقفال .

- **ومنها** : سراية عتق أمه إليه كذلك .

- **ومنها** : تبعيته لأمه في البيع ، والهبة ، وغيرهما ، وفي وجه إذا صرخ واستهل كان حكمه حكم الولد المنفصل في ذلك إلا في العدة ، فإنها لا تنقضي إلا بفراغ الرحم ، وقال القفال : وهو منقاس بعيد من المذهب .

القسم الثاني : ما اختلف في أن [١٤٨ق/أ] الاعتبار بتيقن الوجود أو بتمام

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٠٨- ١٠٩) .

(٢) في (ن) : « في وقوع » .

(٣) أي : ثبوت الرجعة .

(٤) في (ن) : « ومنه » .

الانفصال ، وفيه مسائل :

- **منها** : الجناية عليه ، والصحيح أن المعتبر فيه تحقق وجوده [١٦٤ن/أ] وقال القفال : تمام الانفصال ؛ لأنه إذا لم ينفصل لم يستقل فهو كالعضو من الأم ، وفائدة الخلاف في مسائل :

- **منها** : لو ضرب بطن امرأة[١] فخرج رأس الجنين مثلًا وماتت الأم ، ولم ينفصل أو خرج رأسه ثم[٢] جنى عليها فماتت ، فالأصح : الغُرة ، وعلى قول القفال : لا يجب .

- **ومنها** : لو قدها نصفين فبان الجنين ولم ينفصل ، ففي وجوب غُرته الخلاف .

- **ومنها** : لو أخرج رأسه واستهل فحزَّ حازٌّ رقبته ، فعلى المذهب حكمه في القصاص ، والدية حكم المنفصل[٣] ؛ لأنا تيقنا[٤] بخروج الرأس [وجوده ، وبالصياح حياته[٥] .

ولو صاح ومات ففي وجوب الدية الخلاف][٦] .

[**الثانية** : لو انفصل ميتًا ، فلا ميراث ، وإن كان بجناية جانٍ ، والمشروط الحياة[٧] عند تمام الانفصال ، (ولو خرج بعضه حيًا ، ثم مات قبل تمام

---

(١) في (ن) : « الأمة » ، وفي (ق) : « أمه » .

(٢) في (ن) : « حتى » .

(٣) أي : المنفصل التام الانفصال .

(٤) في (ن) و(ق) : « منعناه » ، والمثبت من (ك) .

(٥) في (ن) : « الصياح جناية » ، والتصويب من (ك) .

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٧) في (ق) : « الجناية » .

الانفصال)[١] فلا ميراث ، وحكي عن القفال (إلحاقه بالمنفصل في الإرث ، وبه قال أبو خلف الطبري وإن كان عند الانفصال ميتًا ، والخلاف عن القفال)[٢] ينافي ما حكي عنه آنفًا »][٣] .

الثالثة[٤] : لو وصى بحمل وخرج بعضه ، وكان عند الانفصال ميتًا ، فالذي يقتضي ما سقناه[٥] في الميراث : أن يكون على الخلاف ، وذكر الرافعي اشتراط الانفصال حيًّا ، ولعله اقتصر على إيراد الصحيح .

فائدة : « كل رجعية تجوز رجعتها في عدتها »[٦]، إلا واحدة كما قال الجرجاني : وهي رجعية وطئها المطلِّق في[٧] عدتها ، وقد بقي عليها قرء واحد ، فإنه يجب عليها استيفاء بقية العدة بثلاثة أقراء وتجوز مراجعتها في القرء الأول ؛ لأنه بقية عدة الطلاق ، ولا تجوز مراجعتها في القرأين الأخيرين[٨] ؛ لأنها عدة الوطء بالشبهة لا عدة الطلاق .

ولك أن تقول : هي في القرأين الأخيرين غير رجعية؛ إذ حصلت البينونة بانقضاء القرء الثالث .

وأظهر منها الحامل[٩] من مطلقها إذا وُطئت بشبهة ؛ فإن الزوج ليس له رجعتها

(١) من (ك) .
(٢) من (ك) .
(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .
(٤) في (ن) : « الثانية » .
(٥) في (ق) : « استثناه » .
(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٩) .
(٧) في (ن) : « ما » .
(٨) في (ن) : « الآخرين » .
(٩) في (ن) : « الحائل » .

في مدة اجتماع الواطئ بها ، صرح به الروياني فيما نقله عنه الرافعي ، قال : « لأنها حينئذ خارجة عن عدة الأول وفراش لغيره ، فلا تصح الرجعة في تلك الحالة ، واستدركه على إطلاق الأصحاب أن للزوج رجعتها قبل الوضع » .

* * *

كتاب النفقات

قاعـدة

«تنزيل الأكساب تنزيل [١٤٨ق/ب] **المال العتيد**[١]، **وعدم تنزيله في صور»**[٢]:

- **منها**: في الفقر والمسكنة، ينزل منزلة المال.

- **ومنها**: سهم الغارمين[٣]، هل ينزل منزلة الكسب أم لا؟ فيه وجهان، أشبههما: لا، ويفارق الفقير والمسكين بأن الحاجة تتجدد في كل وقت، والكسب يتجدد كذلك، والغارم محتاج إلى وفاء دينه الآن وكسبه يندرج[٤].

- **ومنها**: [١٦٤ن/ب] المكاتب هل ينزل فيه الكسب[٥] منزلة المال؟ فيه الوجهان في الغارم.

- **ومنها**: المنفق على الأصل أو الفرع لو لم يكن له مال وكان كسوبًا فهل ينزل منزلة المال حتى يجب أن يكتسب؟ فيه وجهان: أحدهما: [لا][٦]، كما لا

---

(١) العتيد في اللغة: الحاضر المهيَّأ، والمراد به هنا: المال الحاضر المهيأ نقدًا، راجع: «المصباح المنير» (ص: ٢٣٣)، «مختار الصحاح» (ص: ٢٢٨)، وفي (ن) و(ق): «المعد».

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١٣٥).

(٣) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «الغانمين».

(٤) في (ن) و(ق): «يندر».

(٥) وقعت في (ن): «هل ينزل فيه منزلة الكسب».

(٦) من (ن).

يكلَّفُهُ لوفاء الديون ، وأصحهما ، وبه قال الأكثرون : نعم ؛ لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذلك إحياء بعضه ، وليست النفقة كالدين ، فإن قدرها هين ، والدين[١] لا ينضبط قدره ، وذكر في « التتمة » أن الخلاف في ذلك بالنسبة إلى نفقة الوالد ، [أما بالنسبة إلى نفقة الولد][٢] فيجب الاكتساب قطعًا ؛ لأن نفقة الوالد سبيلها سبيل المواساة ، ولا يكلف أن يكتسب ليصير من أهل المواساة ، وأما الولد فسبب حصوله الاستمتاع[٣] ، فألحقت نفقته بالنفقة الواجبة بالاستمتاع[٤] وهي نفقة الزوجة ، وهذا ذهاب إلى القطع بوجوب الاكتساب لنفقة الزوجة ، وهو الظاهر ، لكن في كلام الإمام وغيره أن فيها أيضًا وجهين مرتبين على وجوب الاكتساب لنفقة القريب ، لكن في نفقة الزوجة أولى لعدم الوجوب ؛ لالتحاق نفقتها بالديون[٥] .

- **ومنها** : المنفق عليه من أصل أو فرع لو كان كسوبًا هل تلزم نفقته ؟ ينظر إن كان طفلًا فتجب نفقته ، وإن كان بالغًا فطريقان ، أظهرهما قولان ، أحدهما : [نعم][٦] ؛ إذ يقبح[٧] تكليف قريبه الكسب مع اتساع ماله ، وأصحهما : لا ؛ لأنه مستغنٍ[٨] عن أن يحمل غيره كَلَّه ، قال في « العدة » : لكن الفتوى اليوم على الأول ، والطريق الثاني : القطع بالقول الثاني ، ومنهم من قال : تجب نفقة الوالد ،

---

(١) في (ن) : « والديون » .
(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .
(٣) في (ن) و(ق) : « الامتناع » ، والتصويب من (ك) .
(٤) في (ن) و(ق) : « بالامتناع » .
(٥) في (ن) : « أولى بالوجوب لعدم التحاق نفقتها بالديون » .
(٦) من (ن) .
(٧) في (ن) و(ق) : « يصح » .
(٨) في (ن) : « يستغني » .

ولا يكلف الكسب دون الولد ؛ لعظم حرمة الأبوة ؛ ولذلك يختص الوالد بسقوط القصاص ووجوب الإعفاف ، وامتنع هؤلاء من [إجراء][1] طريقة القطع هاهنا كذلك ، وإذا[2] جمعت بين الطريقين حصلت ثلاثة أقوال .

- **ومنها** : لو أجر المحجور عليه [١٤٩ق/أ] بسفهٍ نفسَهُ هل تبطل كبيعه شيئًا من[3] أمواله ؟ حكى القاضي عن العبادي وجهين، وذكرهما في « الإشراف » قولين، وفي « الحاوي » : إن أجر نفسه فيما هو مقصود من عمله مثل أن يكون صانعًا وعمله مقصود في كسبه لم يصح [١٦٥ن/أ] ويتولى [الولي][4] العقد عليه .

وإن كان غير مقصود مثل : أن يؤجر [نفسه][5] في حج[6] أو وكالة فيصح ؛ لأنه لما جاز [له][7] أن يتطوع عن غيره بعمله ، فأولى أن يجوز بعوضٍ كما قالوا : يصح خلعه ؛ لأن له أن يطلق مجانًا فبالعوض أولى ، لكن هذه العلة تقتضي أن يصح مطلقًا إجارته نفسه ، والأكثرون على أن له أن يقبل الهبة[8] ، نقله الإمام والماوردي .

- **ومنها** : الأصل القادر على كسب [مهر حرة][9] أو سريَّة لا يجب إعفافه ، وينزل منزلة المال المعد ، قاله الشيخ أبو علي ، قال الرافعي : « وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة » .

---

(١) من (ك) .

(٢) في (ن) : « وإن » .

(٣) في (ن) : « مع » .

(٤) من (ق) .

(٥) من (ن) .

(٦) في (ن) : « الحج » .

(٧) من (ن) .

(٨) في (ن) : « المعيب » .

(٩) من (ك) .

- **ومنها** : المفلس إذا حجر عليه ينفق على من تجب عليه نفقته من ماله إلى [أن][1] يقسم ماله ، إلا أن يكون كسوبًا .

- **ومنها** : إذا قسم ماله وكان كسوبًا وبقي عليه شيء من الدين [فلا][2] يكتسب بالإجماع .

نعم إن كان الدين لزمه بطريق وهو عاص فيه فربما ذهب بعض أصحابنا إلى[3] أنه يكتسب لوفائه ؛ لأن التوبة [منه][4] واجبة ، ومن شرطها : إيصال الحق إلى مستحقه ، وإن ثبت الدين في ذمته بسبب غير عاص به لم يجب الاكتساب لوفائه ، وبه قال أكثر العلماء ، وقال [الإمام][5] أحمد وطائفة : يجب أن يؤاجر نفسه لذلك .

لنا قوله تعالى : ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة : ٢٨٠] ، وقوله عليه السلام لغرماء مفلس : « **خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك** » ، رواه مسلم[6] .

والأصح وجوب إجارة أم ولده ، والأرض الموقوفة عليه ، وجعل القاضي حسين مقابله[7] هو المذهب ؛ [لأن][8] النفقة[9] ليست مالًا عتيدًا ، بدليل أن المفلس لا

---

(١) من (ن) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ن) : « إلا » .

(٤) من (ن) .

(٥) من (ن) .

(٦) في « الصحيح » [كتاب المساقاة- باب استحباب الوضع من الدين- حديث رقم (١٥٥٦)] .

(٧) وهو القائل بعدم الوجوب .

(٨) من (ك) .

(٩) وقعت في (ن) : « المتعة » ، وفي (ق) : « المتبعة » ، والمثبت من (ك) .

يؤجر نفسه[(١)]، والأول[(٢)] أجاب بأن هذه منافع مملوكة[(٣)] [فهو][(٤)] كما لو استأجر دارًا وسلم أجرتها وأفلس فإنها تؤجر عليه، ويدل [على][(٥)] أن هذه المنافع كالأموال أنها تضمن بالغصب، بخلاف منفعة [١٤٩ق/ب] بدن المفلس.

فائدة: نفقة القريب إمتاع[(٦)] ويرد عليه مسائل:

- **منها**: لو أعف أباه بجارية ثم استغنى الأب، لم يرجع الولد في الجارية.
- **ومنها**: لو أعطاه نفقة فلم ينفقها واستغنى، لم يكن له أن يرجع فيها.
- **ومنها**: إذا قلنا: [إن نفقة الحامل][(٧)] للحمل، وقلنا: لا تعطى حتى تضع فلم يعط سقطت، ولو قلنا [١٦٥ن/ب] تعطى وهي حامل [بآخر][(٨)]، فإنها[(٩)] تعطى.
- **ومنها**[(١٠)]: لو أنفقت المنفيُّ ولدها باللعان على الولد ثم استلحقه النافي، فإنها ترجع عليه على الصحيح، ولو كانت إمتاعًا لكانت لا ترجع.

---

(١) أي: من أجل الدَّيْن.
(٢) أي: المذهب الأول.
(٣) أي: مملوكة له.
(٤) من (ق).
(٥) من (ن).
(٦) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٢٤٦).
(٧) من (ن).
(٨) من (ن).
(٩) في (ن) و(ق): «فإنه».
(١٠) في (ق): «قاعدة».

قاعـــدة[١]

« **البائن الحامل تجب نفقتها دون الحائل** »[٢] .

وهذه النفقة لها[٣] لوجوبها على الموسر والمعسر ، وفي قول للحمل ، وذكر القاضي ابن كج أن ذلك جارٍ في الزوجة أيضًا حتى بنى عليه أنه [لو][٤] نشزت زوجته الحامل هل تسقط نفقتها ؟ والأصح الجزم بالسقوط في هذه ، والاختصاص بالبائن ، ويظهر قولا البائن في مسائل .

الأولى[٥] : المعتدة[٦] عن فراق الفسخ إذا كان لها فيه مدخل كفسخها بعيبه[٧] أو فسخه بعيبها ، وكانت حاملًا ففي النفقة قولان ، إن قلنا : للحمل وجبت ، وإلا فلا ، ولم يرتض الإمام هذا البناء من حيث إن نفقة الحامل إنما تجب [لأنها][٨] كالحاضنة ، ومؤنة الحاضنة على الأب ، وذلك لا يفترق بين أن تكون مطلقة أو مفسوخًا[٩] نكاحها .

والشيخ أبو علي طرد الخلاف في المعتدات عن جميع الفسوخ بناء على

(١) في (ق) : « الأولى » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٩٥) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨١٨) ، « القواعد » لابن رجب (٣/٩٠) .

(٣) أي للحامل في أصح القولين من أن النفقة هل هي للحمل أو للحامل ؟ .

(٤) سقطت من (ن) .

(٥) في (ق) : « الثانية » .

(٦) في (ن) : « المتعة » .

(٧) أو بعتقه .

(٨) من (ك) .

(٩) في (ن) و(ق) و(ك) : «مفسوخ» ، والمثبت هو الصواب .

القولين، وأما إذا لاعنها ونفى الحمل، ثم عاد [وكذب][(١)] نفسه فالصحيح أنها [تأخذ][(٢)] عما مضى، وبناه بانون على الخلاف من حيث إن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان.

الثانية[(٣)]: الحامل المعتدة عن النكاح الفاسد والوطء بالشبهة، في وجوب نفقتها[(٤)] قولان مبنيان على الخلاف إن قلنا: للحمل وجبت، لأن الحالة[(٥)] هذه تجب [عليه][(٦)] نفقة ولده، وإن قلنا للحامل فلا[(٧)]، ولم[(٨)] يرتض الإمام هذا البناء أيضًا لما تقدم، واعترض عليه الرافعي بأن الواجب في مؤنة الحاضنة للمتفضل كفايتها إما تبرعًا أو بأجرة من غير تقدير، وهذه النفقة مقدرة كنفقة الزوجات، وأقول: عندنا في التقدير خلاف مبني على القولين فلا [١٥٠ق/أ] يضر ذلك الإمام.

الثالثة[(٩)]: إذا مات الزوج قبل أن تضع الحمل، فإن قلنا: [إن][(١٠)] النفقة للحمل سقطت، فإن نفقة القريب تسقط بالموت، وإلا فوجهان.

الرابعة: لو لم ينفق عليها حتى وضعت، أو لم ينفق في بعض مدة الحمل

---

(١) من (ق).

(٢) من (ك).

(٣) في (ق): « الثالثة ».

(٤) في (ن) و(ق): « بعضها ».

(٥) في (ن): « أن الحاجة ».

(٦) من (ن).

(٧) لأن النكاح الفاسد لا يوجب نفقة معتدة أولى.

(٨) في (ق): « ولو لم ».

(٩) في (ن): « الثانية ».

(١٠) من (ن).

وأوجبنا التعجيل، فهل تسقط نفقة المدة الماضية[١]؟ بناه كثير من الأصحاب [١٦٦ن/أ] على القولين، والراجح: عدم السقوط.

الخامسة: [هل][٢] تجب نفقتها على الزوج الرقيق؟ بناء على القولين، وإن قلنا: للحمل لم تجب؛ لأن الرقيق لا نفقة عليه[٣].

السادسة: لو كان الحمل رقيقًا برق الأم، ففي وجوب نفقته على الزوج حرًّا كان أو عبدًا قولان، إن قلنا: [إنها للحمل][٤] وجبت على مالكه.

السابعة: اختلافها والزوج في وقت الوضع.

الثامنة: ما قاله المتولي من أنها إذا أبرأت الزوج عن النفقة، فإن قلنا: للحامل سقطت، وإلا فلها المطالبة، قال الرافعي: إذا كان الإبراء عما مضى فالنفقة مصروفة إليها على القولين، والظاهر أنها[٥] تصير دينًا لها حتى تصرف إليها بعد الوضع أيضًا، قال: وينبغي أن يصح الإبراء على القولين.

وأقول: عندنا في التقدير خلاف مبني على القولين، وكون النفقة مصروفة إليها [بغير الولد يبعد، وأما كونه يصير دينًا لها فهذا مما يعكر على كون النفقة للحامل][٦] وأما كونه يصرف إليها بعد الوضع، فإن لم تكن أنفقت[٧] عليه ففيه نظر، وما أعتقد الأصحاب يوافقون على ذلك، فإن كانت أنفقت فالمعنى: أن

---

(١) كذا في (ن) و(ق)، وفي (ك): «الباقية».

(٢) سقطت من (ن).

(٣) أي: لا نفقة عليه لقرابته.

(٤) من (ك).

(٥) في (ن) و(ق): «أنه».

(٦) ما بين المعقوفتين من (ك).

(٧) في (ن) و(ق): «أنفق».

الشارع أذن لها أنها إذا أنفقت مالها رجعت ببدله عند الإمكان[١].

التاسعة: ما قاله في «التتمة» من أنه إذا أعتق أم ولده الحامل[٢] فإن قلنا: [النفقة][٣] للحمل، وجبت، وإلا فلا.

العاشرة: ما ذكره أيضًا من أنه إذا مات وترك امرأته حبلى وأباه [حيًّا][٤]، فإن قلنا: [إن النفقة][٥] للحمل فلها مطالبة الجد بها، وإلا فلا، وذكر في «التهذيب»: القطع بعدم المطالبة.

الحادية عشرة: إذا عجل لها النفقة بغير إذن الحاكم، فإن قلنا: إنها للحمل وقلنا: لا يجب التعجيل بسبب الحمل وظهرت غير حامل، فلا يسترد، وإن قلنا للحامل[٦]: استرد.

الثانية عشرة: إذا طلق زوجته الناشزة، فإن قلنا: إنها للحمل استحقت، وإلا فلا.

الثالثة عشرة: إذا نشزت المطلقة.

الرابعة عشرة: إذا ارتدت بعد [١٥٠ق/ب] الطلاق استحقت[٧]، وإلا فلا.

الخامسة عشرة: إذا قلنا: النفقة للحامل[٨] استقرت في الذمة وإلا فلا، فإن

---

(١) في (ن): «الإنكار».

(٢) أي: الحامل منه.

(٣) من (ن).

(٤) من (ن).

(٥) في (ق): «إنها».

(٦) في (ن): «للحمل».

(٧) أي: استحقت النفقة إن قلنا: إنها للحمل.

(٨) في حالة إعسار الزوج.

الرافعي علل في أول المقام بوجوبها على المعسر والموسر.

السادسة عشرة: إذا قلنا: إنها للحامل[١] فيقتضي [١١٦ن/ب] [أن تكون مقدرة، وإن قلنا للحمل فيقتضي][٢] قدر الكفاية من غير تقدير، وفيه خلاف.

السابعة عشرة: إذا كان الزوج حرًّا والزوجة رقيقة فالحمل حر.

وصورتها: أن يوصي لإنسان بالأم ولآخر بالحمل، ويقبلا بعد موت الموصي فيعتق صاحب الحمل [فيصير الحمل][٣] حُرًّا، فإذا طلق الزوج زوجته الحامل [بحُرٍّ][٤] وقلنا: لا نفقة للأمة، فإن قلنا: النفقة للحمل استحقت، وإلا فلا.

الثامنة عشرة: لو مات الزوج وخلَّف مالًا، فإن قلنا: إنها للحامل فلا تجب، وإن قلنا: للحمل وجبت في مال الحمل المختص به بعد الموت، نقله صاحب «التتمة».

التاسعة عشرة: إذا قلنا: النفقة للحمل فتصرف لها من الزكاة، وإن قلنا: للحامل فنشزت الزوجة التي في نفقة زوجها، فلا يصرف إليها.

العشرون: الحامل إذا سافرت بإذنه لغرض نفسها ولم يكن الزوج معها، فالمذهب[٥]: أنه لا نفقة لها، [فالحامل][٦] والحالة هذه هل لها النفقة؟ فيه خلاف مبني [على][٧] القولين.

---

(١) في (ن) و(ق): «للحمل».

(٢) سقطت من (ن).

(٣) من (ك).

(٤) من (ك).

(٥) في (ق): «فالأظهر».

(٦) من (ن).

(٧) سقطت من (ن).

الحادية والعشرون : إذا أحرمت بإذنه فإن قلنا : النفقة للحمل فلا يجوز الاعتياض عنها ، وإلا جاز على الأصح .

الثانية والعشرون : [1]هل تجب فطرة البائن الحامل؟ تخرج على القولين ، والأصح الوجوب ، وبه قطع قاطعون ، وكذا لو كانت أمة ، فإن قلنا : إن النفقة للحمل ، فالحمل [لا تجب][2] عليه فطرته .

❋ ❋ ❋

(١) زاد في (ن) و(ق) هنا : « إذا أحرمت » .

(٢) من (ك) .

كتاب الجنايات

فائدة : تصرُّفُ الغير عن الغير بما يوجب على المتصرَّف فيه للمتصرِّف شيئًا ، فيه صور[(١)] :

- [**منها** : عفو ولي الدم إذا قلنا : موجب العمد القود المحض][(٢)] .

- **ومنها**[(٣)] : إذا أُوْجِرَ[(٤)] المالك المضطر طعامه قَهرًا ، أو كان المضطر قد أغمي عليه ، فيه وجهان .

قاعــدة[(٥)]

« ما يختلف الحكم فيه بين أن يقع مرتبًا[(٦)] **أو دفعة ، إذا أشكل الحال جعل كأنه وقع دفعة » في صور**[(٧)] :

- **منها** : إذا قتل واحد جماعة على الترتيب قتل بالأول ، وللباقين [١٥١ق/أ] ديات ، فإن عفى ولي الأول قُتل بالثاني ، وهكذا يراعى الترتيب ، وإن لم يعف ولي

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٧٩) .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٣) في (ق) : « قاعدة » .

(٤) أوجر : من الوَجر بفتح الواو ، الدواء يصبُّ في الحلق وأوجرت المريض إيجارًا فعلت به ذلك « المصباح » (ص : ٣٨٥) .

(٥) في (ق) : « منها » .

(٦) في (ن) : « مترتبًا » .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٩١) .

الدم ولا[1] اقتص فلا اعتراض عليه، وليس لولي الثاني[2] أن يبتدر إلى قتله، وإن قتلهم دفعة بأن هدم عليهم جدارًا أو جرحهم وماتوا جميعًا أقرع، فمن خرجت له القرعة [قتل به، وإن عفا ولي الدم الذي خرجت له القرعة][3] أعيدت بين الباقين، والقرعة [١٦٧ن/أ] قيل: واجبة، وقيل: مستحبة، وللإمام أن يقتله بمن شاء، ورجحه الروياني، وابن كج، وغيرهما، وحكوا عن النص أنه قال: أحببت أن يقرع بينهم، والأول أوفق لإطلاق الأكثرين، وإن أشكل الحال فلم يدر أرُتِّبَ أم وقع دفعة جعل، كما لو قتلهم دفعة واحدة.

قاعـــدة

« المماثلة في القصاص مرعية إلا بما [لا][4] يجوز الاستيفاء به »[5] فيعدل إلى السيف كاللواط، والخمر، والسحر، والبول، وكذا إذا قتله بسيف مسموم تعين، ويمنع من الغسل والدفن، ففي القصاص بمثله احتمال وجهين للماوردي.

وكذا إذا شهد أربعة على مُحصن[6] بالزنا فرجم، ثم رجعوا أو واحد منهم،

---

(١) في (ن): «وإلا».

(٢) في (ق): «الباقي».

(٣) ما بين المعقوفتين من (ق).

(٤) سقطت من (ن).

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٩٥)، «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (٣٩١/١)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٨٢٦/٢)، «قواعد ابن عبد السلام» (٢٩٥/١).
ومعنى هذه القاعدة: أن من قتل بفعل من الأفعال فولي الدم بالخيار بين أن يستوفي بالسيف أو بمثل فعله، شريطة ألا تفضي المماثلة في الاستيفاء إلى محذور شرعي كالأمور التي ذكرها ابن الملقن.

(٦) في (ن) و(ق): «شخص».

فهل يرجم الراجع أو يتعين السيف ؟ فيه وجهان حكاهما القاضي في باب الزنا .

- **ومنها** : إذا ذبح كالبهيمة فهل يفعل به كذلك ، إطلاق الماوردي وغيره يقتضي عدم ذلك لما فيه من هتك الحرمة [وهو ظاهر فيما إذا [لم][1] يكن الجاني قد فعله ، وإلا فالمماثلة جائزة][2] .

ويحتمل تخريج[3] وجهين في المسحور لمعارضة حق اللَّه [تعالى][4] ، فإن هتك الحرمة حق للَّه تعالى ، وقد نُهي عن المُثلة .

ولو قال مستوفي القصاص في الخانق : أخنقه وأعفو عنه إن لم يمت ، لم يُمَكَّن ، وإن قال : أخنقه ثم أحز رقبته ، مُكِّن، نص عليه في «الأم» قبل ولاية القصاص ، وفي « المختصر » ، والرافعي نقله عن « التهذيب » خاصة .

قاعـــدة

« من لا مدخل له في الجناية لا يطالب بجناية جانيها إلا في فرعين »[5] :

أحدهما : العاقلة في ضمان الدية ، غير أن الدعوى بها[6] تكون على الجاني لا عليهم، وهم مطالبون [بها][7] [بعد][8] ثبوتها عليه ، صرح به ابن [١٥١ق/ب]

---

(١) من (س) .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٣) في (ق) : « ترجيح » .

(٤) من (ن).

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٨٦) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٩٢/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٢٨/٢) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ١٢٤) .
ومعنى هذه القاعدة : أن كل من جنى جناية ، فهو المطالب بها ، ولا يطالَب بها غيره .

(٦) أي : بالدية الواجبة عليهم .

(٧) سقطت من (ق) .

(٨) سقطت من (ن) .

القاص في باب صفة اليمين[١] على البتِّ ، وهو مقتضى كلام الرافعي ، ولا يبعد أن يخرج على أن الدية تجب على الجاني ابتدأ ثم تتحملها العاقلة ، وفي ذلك وجهان ، ويقال[٢] : قولان ، قال ابن الرفعة : بل هما منصوصان في « الأم » ، قال الإمام : « وقد قدمنا مثل هذا التردد في زكاة الفطر إذا أداها الغير عن الغير ، وأشرنا إلى قريب منه في كفارة الوقاع في رمضان تفريعًا على أحد القولين » ، انتهى .

وكذا في تفاريع حلق الحلال رأس المحرم الآتي على قول ، وهو الحلال أو الحرام يحلق[٣] رأس المحرم والمحلوق نائم[٤] [١٦٧ن/ب] أو مغمى عليه أو مكره فأصح القولين : أن الفدية على الحالق ، والثاني : على المحلوق .

فائدة : إلحاق النفس بالمال وعدمه في صور[٥] :

- **منها** : قصد المال مبيح قتل القاصد على الجديد دون القديم .

- **ومنها** : الغارم الغني لإصلاح ذات البين في الدم يعطى قطعًا ، وكذا في المال على الصحيح ، وخرج[٦] صاحب « التتمة » الخلاف فيها على المسألة قبلها ، وفيه نظر ، فإن الخلاف في هذه على[٧] الوجهين ، ولا يخرج وجه على القول [القديم][٨] إلا بعد أن ينبه عليه .

---

(١) في كتابه « أدب القضاء » .

(٢) في (ن) : « وقال » .

(٣) في (ن) و(ق) : «فحلق» .

(٤) في (ن) : « يأثم » .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٨٨) .

(٦) في (ن) : « وجزم » .

(٧) في (ن) : « هذين » ، وفي (ق) : « هذا من » .

(٨) من (ك) .

– **ومنها** : إذا قصد ماله فلا يجب عليه الدفع قطعًا ، وفي النفس خلاف للاستسلام .

قاعـــدة

« **القصاص قاعدته التماثل إلا أن يؤدي اعتباره إلى انغلاق باب القصاص قطعًا أو غالبًا** »[١] ، وبيانه بصور :

– منها : التساوي في أجرام أعضاء البدن كاليد ، والرجل ، وسُمك اللحم في الجراحات ؛ إذ لو شرط التساوي بين أجرامها لما وجب القصاص إلا في نادر الصور ، بل يؤخذ أعظم العضوين بأدناهما ، وكذلك تفاوت الجراح [في سمك ما على العظم من جلد ، ولحم بخلاف التساوي في مساحات الجراح][٢] على الرؤوس والأبدان ، فإنا نأخذ مثل مساحتها في الطول ، والعرض ، والصغر ، والكبر ؛ لأن اعتبار ذلك لا يؤدي إلى إغلاق باب القصاص ، ولا ينظر إلى [تفاوت][٣] سمك اللحم المحلل بالرأس ؛ لأن اعتبار تساويه [١٥٢ق/أ] يغلق باب قصاص الجراح .

– **ومنها** : منافع الأعضاء كبطش اليد ، وإبصار العين لا يعتبر فيها التساوي .

– **ومنها** : العقول لا يعتبر التساوي فيها .

– **ومنها** : قتل الجماعة ، وقتل أيدي الجماعة بيد الواحد ؛ لأن التساوي لو اعتبر فيها لتمالأ الجماعة على[٤] القتل والقطع ؛.........................

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٩٥) .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ن) : « إلى » .

بل غالب القتل [التمالؤ ، و][١] التمالؤ فيه أكثر من التمالؤ في القطع ، فلذلك خالف [الإمام][٢] أبو حنيفة فيه كما خالف بعض العلماء في قتل الجماعة بالواحد .

- **ومنها** : الحياة ، فيقتل الشاب في عنفوانه بمن يئس[٣] من الحياة ، بحيث لا يبقى إلا ساعة واحدة أو ساعتان .

- **ومنها** : الصنائع فتؤخذ يد الماهر كابن البواب بمن لا يحسن الكتابة .

قاعــدة

« من [وجب][٤] عليه القصاص في النفس ففات بموت وله تركة ، انتقل جميع الدية إلى تركته »[٥] إلا في مسألتين .

قال الجرجاني : لا يجب في إحداهما شيء، ويجب في الأخرى نصف الدية[٦] ، فالأولى : قطع يدي رجل فسرى إلى[٧] نفسه فقطعه [١٦٨ن/أ] ولى[٨] المقتول فلم يمت ، فإن له قتله ، فإن مات فلا شيء في تركته ؛ لأنه لما مات فات المحل وبقيت له دية واحدة ، وقد أخذ يدين بقيمتها .

---

(١) من (ق) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ن) : « بمن لا يباشر » .

(٤) من (س) .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٠٠) .

(٦) في (ن) و(ق) : « القيمة » ، والمثبت من (س) .

(٧) في (ن) و(ق) : « في » .

(٨) في (ن) و(ق) : « إلى » .

والثانية : إذا قطع يد رجل[(١)] فاقتص منه[(٢)] فسرى[(٣)] إلى نفس المقطوع أولًا ثم سرى إلى نفس الجاني ، فإنه لو كان باقيًا لكان يقتص منه ، وقد ثبت في تركته نصف الدية ؛ لأنه قد استوفى منه [يدًا][(٤)] بقيمة نصف الدية .

قاعـــدة

« الحيوانات بالنسبة إلى الآدمي وغيره لها[(٥)] مراتب »[(٦)] .

– مرتبة يفرق بينه وبين غيره [بأمر ضروري ، ومرتبة يفرق بينه وبين غيره][(٧)] بأمر تحسيني ، وذلك في الحر[(٨)] ، وبقية الحيوانات ، واختلف المذهب في قطع مباشرة الحيوان غير الآدمي السبب[(٩)] الصادر عن الآدمي ، كما إذا ألقى آدمي آدميًا إلى لجة البحر فالتقمه الحوت قبل أن يصل إلى الماء على قولين .

فمن قال : لا يجب [القود][(١٠)] رأى أن الحيوان[(١١)] لا تقطع مباشرته السبب ،

---

(١) في (ن) و(ق) : « إذا قطع يد رجل برجل » .

(٢) في (ن) : « به » .

(٣) أي : القطع .

(٤) من (س) .

(٥) في (ن) و(ق) : « له » .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٧١) .

(٧) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٨) وكذا العبد .

(٩) في (ن) : « لا بسبب » .

(١٠) من (ن) .

(١١) في (ن) : « الحيوانات » .

[ومن قال : إن طيران الطائر بعد فتح القفص لا يوجب الضمان على الفاتح رأى أن الحيوان تقطع مباشرته السبب](١) ، [وأما](٢) الفرق بين المرتبتين [بأمر تحسيني فهو ما بين الحر والعبد ، فإن العبد كالحر في الإدراك، ولكنها مرتبة دائرة بين المرتبتين](٣) وهذ مشابهة المملوكات ، فهذه المشابهة قد تلحقه بالحيوانات غير الآدمي من وجه ، كما جعلت [ديته](٤) بالنسبة إليه كالدية في الحرية بالنسبة إلى الحر [١٥٢ق/ب] ويسمى هذا قياس الأشباه ، وكما ألحق الأصحاب العبد الآبق في حل وثاقه بالطائر إذا فتح القفصَ عنه الغاصبُ .

قاعـــدة

« كل ولي في القصاص إذا عفى وثبت له المال ، فالمال له دون غيره »(٥) .

إلا في مسألة واحدة، قال الجرجاني : وهي أن يجني رجل على عبد ويعتق العبد بعد الجناية ثم تسري إلى نفسه ، وأرش الجناية مثل دية حر أو أكثر ، فإن ولي العبد بالخيار بين أن يقتص [أو يأخذ الدية](٦) ، وإذا اختار المال كان لسيده دونه ؛ لأن الجناية وجدت في ملكه ووجب الأرش حال الجناية ، ثم لما سرت

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٢) من (ك) .

(٣) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٤) كذا في (ك) ، وفي (ق) : « قيمته » ، وهي ساقطة من (ن) .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ٤٠٠- ٤٠١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/ ٨٢٦) .

ومعنى هذه القاعدة : أن من استحق القصاص ، فعفا عنه على مال ، فهو له ..

(٦) من (ن) .

إلى النفس وكان الأرش مثل دية النفس لم يجب على القاتل أكثر من دية واحدة، فكان ذلك للسيد.

قاعـدة[١]

« **احتمال أخف المفسدتين لأجل أعظمهما هو المعتبر في قياس** [١٦٨ن/ب] **الشرع** »[٢].

وشذت عنه صور في الظاهر، وهي راجعة إلى ذلك في الحقيقة:

- **منها**: لا يُقتل ذمي ولا معاهد ليأكله المسلم[٣] في المخمصة، جزم به الغزالي، وفي « التهذيب » في الذمي وجهان.

- **ومنها**: هل له أن يقطع فلذة[٤] من فخذه إذا كان ضررها متلاشيًا بالنسبة إلى حاله في المخمصة؟ وجهان، ولا خلاف أنه لا يحل له أن يقطع فلذة[٤] من فخذه ويؤثر بها رفيقه المضطر.

- **ومنها**: لو بذل صاحب الطعام للمضطر طعامه بأكثر من ثمن المثل، فإنه لا يجب [عليه][٥]..

---

(١) في (ق): « فائدة ».

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص: ١٩٥)، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٧/١)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢١٧/١)، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٩١/١)، « قواعد ابن عبد السلام » (٣٩٠/١)، « القواعد » لابن رجب (٤٦٣/٢)، « قواعد الزركشي » (٣٤٨/١-٣٤٩).

(٣) في (ن): « لتأكله المسلمة ».

(٤) في (ن): « قلفة ».

(٥) من (ق).

قبوله[١] للزيادة ، وكذا له مقاتلته ليأخذ طعامه ، وإن أتى على نفس صاحب الطعام[٢] .

- **ومنها** : لو كان معه حيوان محترم محتاج إلى الماء ، ومع غيره ماء ، ولا ماء غيره ، وذلك الغير غير محتاج إليه ، وطالبه بثمنه وجب عليه بذله ، فإن أبى [من معه الماء][٣] من دفعه ، فله أن يقاتله ، فإن قتله لم يضمن ؛ إذ لا يمكن إلا به ، ذكره النووي عن القاضي حسين .

- **ومنها** : لو غنمنا سلاحًا من الكفار ، فهل يجوز أن نفادي به أسرى المسلمين الذين في أيديهم ؟ وجهان .

قاعـــدة

حركة[٤] المذبوح هي التي لا يبقى معها الإبصار والإدراك والنطق ، والحركة الاختياريـــان ، وقد يقتل الشخص ويترك اختياره[٥] في النصف الأعلى فيتحرك ويتكلم [١٥٣ق/أ] بكلام لكنها لا تنتظم ، وإن انتظمت فليست صادرة عن رويَّة واختيار ، والحالة المذكورة هي التي تسمى حالة اليأس ، وما يصح فيها وما لا يصح [صور][٦][٧] .

---

(١) في (ن) و(ق) : « بقوله » .

(٢) وقعت في (ن) و(ق) : « وإن أتى على نفس طعام المحتاج » ، والمثبت من (ك) .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ق) : « جريمة » .

(٥) في (ن) : « أحشاؤه » .

(٦) من (ن) .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٠١) .

- **منها** : الإسلام لا يصح [فيها ، لا أعلم فيه خلافًا .

- **ومنها** : الردة لا تصح][١] على المشهور، وفي كتاب ابن كج أنها تصح ؛ لأن الكافر يوقن حينئذ ، فإعراض المسلم قبيح ، وهذا الكلام بعيد عن التحقيق وإقرار الرافعي إياه على ذلك عجيب مع تقدم قوله آنفًا : إن الكلام في هذه الحالة وإن انتظم فلا يصدر عن روية .

- **ومنها** : تصرفاته فلا يصح منها شيء .

- **ومنها** : مالُهُ يصير [في هذه الحالة][٢] للورثة .

- **ومنها** : إذا أسلم وله ابن كافر أو أعتق له ولد رقيق ، فالولد في هذه الحالة لا يحجب الورثة ولا يزاحمهم .

- **ومنها** : لو ذبح[٣] الولد فانتهى إلى هذه الحالة فمات أبوه لم يرثه الولد المذبوح ، وفيه وجه[٤] ، ولا يبعد [١٦٩ن/أ] مجيؤه في المسألة قبلها .

قاعـــدة[٥]

« كسر العظم يوجب الحكومة إلا في ثلاث مسائل »[٦] .

ذكرها الجرجاني في « المعاياة » ، والروياني في « الفروق » ؛ فإنه يجب فيها [أرش][٧] مقدر .

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ق) : « زاحم » .

(٤) أنه يرث ، وهو وجه ضعيف حكاه الروياني ، ونقله الحناطي عن المزني .

(٥) في (ق) : « ومنها » .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٠١) .

(٧) من (س) .

أحدها: ككسر الترقوة أو الضلع ؛ فإنه يجب فيه جمل على قول .

الثانية: كسر ظاهر السن دون سَنْخه ، ففيه خمس من الإبل .

الثالثة: من هشم ولم يوضح فعليه عشر من الإبل على وجه غريب، ولعله خمس؛ لأن دية الهاشمة إنما زادت على دية الموضحة للهشم وقد وجد ، والآخر : تجب الحكومة ، والأصح المنصوص: أن في الهاشمة بلا إيضاح خمسًا ، والعشر فيما إذا نقل العظم من غير إيضاح ، فالواجب الحكومة أو عشر ، فيه وجهان ، [قال في « الروضة » : فرع : هشم العظم ولم يوضح وجب خمس من الإبل على الأصح المنصوص ، ولو نقل العظم من غير إيضاح ، فهل يجب عشر من الإبل أم حكومة ، فيه هذان الوجهان][1] .

قاعـــدة

« **عمد الصبي هل هو عمد أو خطأ؟** »[2] ، فيه خلاف في صور :

- **منها** : ذبيحته واصطياده حلال ، وفيها وجه [استمداده][3] من فعله[4] ، والقصد لا بد منه فيهما .
- **ومنها** : تغليظ الدية وتحمل العاقلة .
- **ومنها** : وجوب رد السلام عليه .

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص: ١٥٠) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٤٤٣) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٣٠٠- ٣٠٤) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٠١) .

(٣) من (ق) .

(٤) أي : وفيه وجه استمداده من أن فعله خطأ .

- **ومنها** : خلع الصغيرة هل يوقع الطلاق رجعيًا أو لا يوقعه أصلًا ؟

- **ومنها** : لو علق طلاق الصغيرة على مشيئتها .

- **ومنها** : ميراثه إذا قتل خطأ ، وقلنا بالقول الضعيف لا يُحرم قاتل الخطأ .

- **ومنها** : لو جامع في [نهار][1] رمضان عمدًا وهو صائم ، ففي وجوب الكفارة وجهان ، أصحهما [١٥٣ق/ب] : لا كفارة عليه ، وخرجه بعضهم على هذا الخلاف .

- **ومنها** : شريكه في القتل هل هو كشريك[2] الخاطئ ؟

- **ومنها** : إذا حج وباشر محظورات الإحرام، كما لو تطيب أو لبس ناسيًا فلا فدية قطعًا ، وإن تعمد فعلى الخلاف ، فإن قلنا : إن عمده خطأ فلا فدية ، وإلا وجبت .

قال الإمام : « وبهذا قطع المحققون هنا ؛ لأن عمده في العبادات كعمد البالغ ، ولهذا لو تعمد في صلاته كلامًا أو [في][3] صومه أكلًا بطلا » .

ولو حلق أو قلم ظفرًا أو قتل صيدًا وقلنا : عمد هذه الأفعال ، وسهوها سواء [وهو المذهب][4] وجبت الفدية ، وإلا فكالطيب واللباس .

ولو جامع في [١٦٩ن/ب] إحرامه ناسيًا أو عامدًا وقلنا : عمده خطأ ، ففي فساد حجته القولان في البالغ إذا جامع ناسيًا ، أصحهما : لا يفسد .

وإن جامع عامدًا[5] وقلنا : عمده عمد ، فسد قطعًا ويجب عليه قضاؤه على

---

(١) من (ن) .

(٢) في (ن) : « شريك » .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) من (ق) .

(٥) في (ن) : « عمدًا » .

الأظهر، وهل يصح منه في حال الصِّبا؟ [فيه][1] خلاف، الأصح: نعم.

- **ومنها**: المجنون هل تزوج منه أمة إذا كان معسرًا يخاف العنت.

الأصح: الجواز، وقيل: لا[2]؛ لأنه لا يخاف من وطء يوجب حدًّا ولا إثمًا، وعبارة القاضي: أن شرطه خوف العنت، وفعل المجنون لا يسمى زنًا في الحقيقة.

وقد حكى الغزالي في كتاب الرهن عنه أنه إذا أخذ ذلك من أن الحديث العهد بالإسلام إذا وطئ هل يكون حكمه حكم الوطء بالشبهة، أو حكمه حكم [الزنا][3]؟ [حتى بنى][4] عليه بعضهم عدم ثبوت النسب وحرية الولد إذا كان في أمة.

وبالجملة فالخلاف في أن وطء المجنون هل هو زنا؟ ومال ابن الرفعة إلى تخريجه على أن عمده عمد، أو خطأ[5]، كما فعل ذلك في وطء الصبي المميز حتى استنتجوا منه حرمة المصاهرة، مع أن [الإمام][6] الشافعي نص على أن المخبول[7] لا تزوج منه أمة، فإن فعله كان مفسوخًا، والمخبول والمجنون اشتركا في زوال العقل لكن المخبول[8] ساكن.

- **ومنها**: [لو قال:][9] إن لم أضربكِ فأنتِ[10] طالق، ثم جُن وضربها في

---

(١) من (ن).

(٢) وهو قول القاضي حسين، والفوراني.

(٣) في (ق): « الإسلام ».

(٤) سقطت من (ق).

(٥) وقعت في (ن) و(ق): « أوخطؤه خطأ ».

(٦) من (ن).

(٧) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): «المجنون».

(٨) في (ق): « المجنون ».

(٩) من (ن).

(١٠) في (ن): « فضرتك ».

الجنون ، فهو كما لو ضربها عاقلًا على الصحيح ، فتنحل اليمين؛ لأن ضرب المجنون في تحقق الصفة ونفيها كضرب العاقل [١٥٤ق/أ] ، [قاله الغزالي في كتاب الطلاق ، وأقره الرافعي والنووي وبناه بعضهم][(١)] على أن عمده عمد أم لا ، ولم يفصلوا بين كونه له تمييز أم لا ، وقد يقال : إنا وإن لم نجعله عمدًا ففعله هل تنحل به اليمين ؟ حكوا وجهين في الجاهل إذا لم يحنث هل تنحل به اليمين ، والأصح : لا .

قاعــدة

« من ملك العفو عن القصاص في النفس ملك العفو عن المال ، إلا أن يثبت القصاص دون المال »[(٢)] .

وذلك في مسائل ، ولك أن تعبر بقولك : « لا يثبت قصاص [يمتنع][(٣)] الانتقال عنه إلى المال » إلا في مسائل حصرها الجرجاني في [١٧٠ن/أ] أربع :

إحداها : إذا قطع يد رجل فاقتص منه فيها ثم سرى بعد ذلك إلى النفس ، فليس له إلا القتل ولا دية له .

ثانيها : إذا كان لرجل عبدان[(٤)] فقتل أحدهما الآخر فللسيد أن يقتله ، وليس له العفو على مال ؛ [إذ لا يثبت له عليه مال إلا في الكتابة .

ثالثها : قطع يهودي يدي مسلم فاقتص منه فيهما فسرى إلى نفس المسلم ،

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .
(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٨٧) .
(٣) سقطت من (ن) .
(٤) في (ق) : « عبدًا » .

فلوليه أن يقتص من اليهودي ، وليس له أن يعفو على مال][١] على الأصح ؛ لأنه أخذ يدي اليهودي ، [بإزائه][٢] ، وليس له شيء من الدية كالمسألة الأولى ، وفي الوجه الآخر ، [له][٣] ثلثا الدية ؛ لأنه ثبت له دية المسلم ، وقد أخذ يدي يهودي فقيمتهما ثلث الدية فيبقى الثلثان ، وهو ما صححه الشيخان[٤] .

رابعها : أن تقطع امرأة يدي رجل فيقتص منها فيهما ، ثم يسري القطع إلى نفسه ، فلوليه أن يقتص منها ، وليس له أن يعفو على مال في الأصح عند الجرجاني ، وصحح الشيخان له نصف الدية ، ولا يخفى أنه في الأولى[٥] يثبت له أن يعفو على[٦] الدية ، ولكنه اختار القصاص فسقطت الدية ولم يعد لما صارت الجناية نفسًا ، ويمكن أن يصور قصاص يثبت ولا دية معه أصلًا فيما إذا قطع يدي شخص ثم حز رقبته ، فحزُّها يوجب القصاص دون الدية ، لأنها[٧] تثبت بقطع اليدين ، فلما صارت الجناية نفسًا سقطت .

وبقيت مسائل [أخر][٨] :

الأولى : إذا قتل المرتد مرتدًا ، فإن القصاص واجب على الأصح [دون الدية على الأصح][٩] .

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٢) سقطت من (ن) ، أي : أخذها بإزاء يديه .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) الرافعي والنووي .

(٥) أي : في الصورة الأولى .

(٦) في (ن) : « عن » .

(٧) في (ق) : « لا » .

(٨) من (ق) .

(٩) ما بين المعقوفتين من (ق) .

[**الثانية** : إذا قتل ذمي مرتدًّا ، فالأظهر : لا قصاص ، وعلى مقابله : الأصح : لا دية][١] .

الثالثة[٢] : العبد المرهون إذا جنى على طرف سيده ، فلسيده القصاص ، والأصح : أنه ليس له العفو على مال ؛ لأن السيد لا يجب له على عبده مال ، وقال [١٥٤ق/ب] ابن سريج : « [ليس][٣] له العفو على مال ، ويتوصل به إلى فك الرهن » .

فائدة : المشهور المتعارف أنه لا يشترط في العمدية [قصد][٤] إزهاق الروح ، بل[٥] قصد الجناية بما يكون مفضيًا للهلاك[٦] على التفصيل المذكور في الآلة ، وهذا هو المعهود المألوف ، وفي كلام [الإمام][٧] الشافعي ما يقتضيه ، وفي كلام الرافعي في أول الجراح أيضًا ما يقتضيه على طريقه ، وقد وقع في كلام المتقدمين أنه لا بد من قصد إزهاق الروح [١٧٠ن/ب] ، وهو ما ذكره الماوردي في أوائل الديات[٨] ؛ حيث قسم القتل [على][٩] ثلاثة أقسام[١٠] .

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٢) في (ن) : « الثانية » .

(٣) من (ن) .

(٤) سقطت من (ن) .

(٥) في (ن) : « على » .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٣٢) .

(٧) من (ن) .

(٨) أي : في كتابه « الحاوي » .

(٩) من (ق) .

(١٠) قسم يكون عمدًا محضًا ، وقسم يكون خطأ محضًا ، وقسم يأخذ من العمد شبهًا ومن الخطأ شبهًا .

وقال الإمام في باب كيفية قتل العمد الذي يجب فيه القصاص[١] : « وأما ما يتعلق بالظواهر فالذي أطلقه الأصحاب [فيه][٢] أن كل ما يقصد به القتل غالبًا فالعمد إذا تجرد القصد إليه ، وقال بعده بقليل : وكأن شيخي [رحمه اللّٰه][٢] يقول فيه : خص الشرع[٣] الجرح بمزيد احتياط لما فيه من الإفضاء إلى السرايات الباطنة التي لا يدرك منتهاها ، وأوجب القصاص في قتيل الجرح الذي يسري ردعًا للجناة[٤] وتغليظًا عليهم ، وكان الجرح الساري لم يُرع فيه قصد القتل [لاختصاصه بمزيد الغرر والخطر وما يتعلق في الظواهر يراعى فيه قصد القتل بما][٥] يقتل غالبًا ، هذا[٦] ما ذكره[٧]، وفيه فضل نظر[٨] من جهة أن القصاص يتعلق بالعمد بالإجماع والعمد في الفعل المحض غير كاف ، ولا بد من العمد في القتل ، وقال في باب أسنان الإبل المغلظة : الجنايات على ثلاثة أقسام : أحدها : العمد المحض وهو تعمد القتل ، وقال ابن الصلاح في « شرح مشكل الوسيط » : « وأما الطريقة الثانية فإن عبارة المصنف قاصرة عن بيان معناها » ، واعلم أن المعتبر في العمد تعلق القصد بنفس زهوق الروح ، لكن الشرط أن تكون الآلة من المثقلات ، ويجعل كونها[٩] مما

---

(١) أي : في كتابه « النهاية » .
(٢) من (ن) .
(٣) في (ق) : « الشيوع » .
(٤) في (ن) و(ق) : « للجناية » .
(٥) ما بين المعقوفتين من (ك) .
(٦) في (ن) : « أما » .
(٧) في (ق) : « كان يذكره » .
(٨) في (ق) : « بطريق » .
(٩) في (ن) : « كونه » .

يقصد بها القتل غالبًا دليل تعلق قصده [بالإزهاق][١]، وإن وجد[٢] فههنا لم يمكنه دعوى أن يُعتبر تعلق القصد بالزهوق بدليل مسألة قطع الأنملة، فإن أحدًا لا يقصد الزهوق بقطع الأنملة فاكتفى بكون الجرح ساريًا ذا غور، وإن لم [١٥٥ق/أ] يوجد قصد الزهوق، فإذا وجد ذلك مع قصد [الشخص][٣] لقصد نفس الفعل أوجب القصاص، وذلك لاختصاصه بمزيد الخطر، فتأثيره[٤] في الباطن مبالغة في ردع الجناة[٥]، وهذا كما قال المصنف ضعيف؛ لأن العمد المحض معتبر [في القصاص ولا يكفي فيه تعلق القصد][٦] بمطلق الفعل، ولا بد من تعلقه بالقتل.

وفي كلام الرافعي ما يقتضيه؛ إذ قال[٧] في مسألة ظن الإباحة: هل [هي][٨] شبهة لو ضرب[٩] المريض ضربًا يقتل المريض غالبًا دون الصحيح، وظن صحته أن بعضهم ذهب أن لا قصاص، قال: لأنه [لم يأت][١٠] بما هو مهلك عنده فلم يتحقق قصد الإهلاك.

---

(١) من (ن).

(٢) أي: إن كانت جارحة.

(٣) سقطت من (ن).

(٤) في (ن): « بمباشرة »، وفي (ق): « فيأمره ».

(٥) في (ن) و(ق): « الجناية ».

(٦) من (ق).

(٧) في (ن) و(ق): « وقال ».

(٨) من (ن).

(٩) في (ن): « لوفور ».

(١٠) في (ق): « لو مات ».

قاعـــدة

«ما يبيح المحذورات [تارة][(١)] يكون بمرض، وتارة يكون [١٧١ن/أ] **بإكراه، وتارة يكون بحاجة، وتارة يكون بجهل أو ظن»**[(٢)].

أما الأول[(٣)]: فالمعتبر فيه في أكل الميتة واستباحة مال[(٤)] الغير خوف الهلاك ويكفي في الخوف غلبة الظن، ولا يشترط أن يكون الخوف من الموت، بل يكفي الخوف بأي وجه كان، حتى لو خاف الضعف عن المشي والركوب حتى ينقطع عن الرفقة كفى، ولا يكفي الجوع القوي، ولا أن يشرف على الهلاك بحيث لا ينفع[(٥)] المُتنَاوَل، فإنه حينئذ يحرم، وفي خوف[(٦)] طول المرض وجهان أو قولان، أشبههما: الحل.

وفي التيمم أن يخاف فوات الروح أو فوات عضو[(٧)]، وإن خاف من برد أو حر أو جرح لم يصح، وإن خاف مرضًا مخوفًا فطريقان، أصحهما: الإباحة، وإن خاف طول المرض فوجهان كالوجهين في الميتة، ومثارهما: أن المعتبر هل هو خوف

---

(١) سقطت من (ن).

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٣٣٨)، «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (٤٥/١)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/ ٢١١، ٤١٥)، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٨٧/١)، «القواعد» لابن رجب (٦٠/١)، «قواعد الزركشي» (٣١٧/٢)، «قواعد ابن عبد السلام» (٧/٢)، «قواعد العلائي» (٣٧٥/٢).

(٣) وهو ما أبيح من المحذورات بمرض.

(٤) في (ن): «وأشباهه كمال».

(٥) في (ن): «يمتنع».

(٦) في (ن) و(ق): «وجوب».

(٧) أي باستعمال المال، فيعتبر ارتكاب التيمم هنا.

الهلاك أو خوف الضرر الظاهر ، والشين الفاحش في الباطن لا يكفي ، وفي الظاهر وجهان رجح بعضهم الاكتفاء .

وفي الإفطار اتفق الأصحاب على أن خوف الهلاك لا يشترط ، وقال الإمام في « النهاية » : « الوجه المعتبر أن يتضرر بالصوم ضررًا يمنعه من التصرف في المآرب » ، وكان بعض أهل عصري يعلقه بمشقة السفر ، وأفاد الشيخ زين الدين[١] عن « النهاية » أن فيها في كتاب النكاح في الفطر للمعالجة ونحوه [١٥٥ق/ب] أنه يعتبر بالتيمم[٢] وفاقًا [و][٣]خلافًا لطول المرض ، فإن قيل : النظر إلى الوجه والكف للرغبة في النكاح جائز فهلا[٤] اعتبر هذا بقرينة ؛ فإن المرض المعتبر في الإفطار دون المرض في التيمم ؛ لأن[٥] الإفطار يجوز بعُذر السفر ، وقرينه في كتاب اللَّه المرض فاستفدنا به اعتباره به وانحطاطه عن التيمم ، فقياس[٦] مسألتنا اعتباره بالنظر إلى المخطوبة .

وأجاب بأن كلامنا هنا فيما وراء الوجه والكفين ولا قرين له في النكاح ، وأما القعود في المرض فلا يشترط فيه الضرورة[٧] ولا يكفي مجرد الاسم ، وحكى الإمام أن [المعتبر ألمٌ يلهي عن الخضوع ، كذا قال الإمام و][٨]هذا مأخوذ من مقصود الصلاة .

---

(١) يعني زين الدين بن الوكيل ، انظر : « الأشباه والنظائر » (ص : ٣٣٨) .

(٢) في (ق) : « في التيمم » .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) في (ن) و(ق) : « فهل لا » .

(٥) في (ن) و(ق) : « أن » .

(٦) في (ن) : « فتقاس » .

(٧) في (ن) و(ق) : « هنا للضرورة » .

(٨) ما بين المعقوفتين من (ك) .

وأما الثاني وهو الإكراه، فالتصرفات[١] القولية لاغية به إذا كان بغير حق حتى تستوي فيه الردة والبيع وسائر المعاملات، والنكاح، والطلاق، والعتاق [١٧١ن/ب]، وغيرها، ويعبر بعبارة أخرى: «ما [لا][٢] يلزم في حال الطواعية لا يصح بالإكراه، وما يلزم فيصح به»، [إذ][٢] لو لم يصح لما كان للإكراه فائدة؛ وفيه نظر، فإنه إن كان المراد باللزوم فيما بين العبد وبين ربه، فالذمي يلزمه الإسلام كذلك، مع أن الأصح عدم صحة إسلامه مكرهًا، وإن كان [المراد به اللزوم][٣] في الظاهر، فالذمي إذا [ألزم به][٤] بطريقة، فالظاهر من حال المحمول عليه بالسيف مثلًا أنه كاذب في الإسلام، وكلمتا[٥] الشهادة نازلة في الإعراب عما في الضمير منزلة الإقرار، والأصح: أنه يلزم المكره على القتل القصاص، هذا في الصحة، وههنا مسائل:

- **منها**: إذا أكره على الكلام اليسير [في الصلاة][٦] بطلت في الأظهر، وضابط اليسير العرف على الأصح.

- **ومنها**: الإكراه على التفرق هل يقطع الخيار؟ فيه وجهان، [وقيل: يقطع بالسعوط إن كان مفتوح الفم][٧].

---

(١) في (ق): «في التصرفات».

(٢) من (ك).

(٣) في (ق): «باللزوم».

(٤) في (ق): «لزمه».

(٥) في (ق): «وكلمتي».

(٦) من (ن).

(٧) ما بين المعقوفتين من (ق).

أما ما [لا][1] يباح به : فلا يباح به القتل المحرم اتفاقًا ، وكذا الزنا ، والأصح تصوره فيه ؛ إذ لا يشترط في الزنا الانتشار ، والإيلاج بدونه ممكن ، ويباح به شرب الخمر استبقاء للمهجة كإساغته اللقمة بالخمر ، ويباح به الإفطار في رمضان ، وإتلاف مال الغير ، وكذا الخروج من صلاة الفرض ، وكذا الردة ، والأصح أنه لا يجب التلفظ بها ، وفي وجوب شرب الخمر وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يجب .

قال الرافعي : ويمكن [١٥٦ق/أ] أن يجيء مثله في الإفطار في نهار رمضان ، ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال ، وكأنه قصد [بذلك][2] ما في حقوق العباد من الضيق .

وعن الأودني[3] : الضبط بأن ما يسقط بالتوبة يسقط حكمه بالإكراه ، وما لا فلا ، وقضية هذا أن لا يسقط حكم الصلاة ، [والصوم][4] ، والقتل ، فيلزم أن لا يباح وأن لا يجب وجوب الردة والشرب والزنا ؛ لأن ذلك من أحكامه ، وقد علم أن صحيح المذهب لا يساعده .

إذا عرفت ذلك فقد اختلف الأئمة في ضبط الإكراه اختلافًا كثيرًا ، وأوضحته في « شرحي المنهاج والتنبيه » مع بيان الأصح فيه[5] .

ولا بد في حصول الإكراه من كون التخويف بالعاجل[6] ، فلو قال : لأقتلنَّك

---

(١) من (ن) .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٣) وقعت في (ن) و(ق) : « الماوردي » .

(٤) من (ك) .

(٥) انظر : « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٤٠- ٣٤١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٤٢٣/١) ، « قواعد الزركشي » (١٥٥/٣) .

(٦) في (ن) : « في العاجل » .

غدًا فليس بإكراه .

ولا بد من كون المكره غالبًا قادرًا على تحقيق ما هدد به بولاية ، أو تغلب ، أو فرط [من][1] هجوم ، وكان المكرَه مغلوبًا عاجزًا عن الدفع [١٧٢ن/أ] بفرار ، أو مقاومة ، أو استغاثة بالغير ، ولا بد أن يغلب على ظنه أو يتيقن حصول المخوف به ، لولا المطلوب .

وأما الثالث: فالحاجة المبيحة للنظر إلى الأجنبية إذا منعناه [تقوم مقام المشقة][2] لولاها ، ويفرض في مسائل :

الأولى : أن يريد به نكاحها[3] فيحل بغير إذنها للأمر به[4] ، و[هل][5] هو مستحب أو مباح ؟ وجهان ، فمن حامل الأمر على الاستحباب ، ومن حامل على الإرشاد ، والأصح : الأول ، فإنه اللائق بقواعد الأصول ، فإن كلام الشارع يحمل على المعنى الشرعي قبل الإرشادي ، لكن ههنا قرينة تقتضي أن المراد [الإرشاد وهي التعليل .

– **ومنها** : إذا منعنا النظر][6] [إلى الإماء][7] ،.........................

---

(١) (ق) .

(٢) من (ك) .

(٣) في (ق) : « نكاحًا » .

(٤) أي لأمر رسول الله ﷺ للمغيرة وقد خطب امرأة : « انظر إليها ، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » ، أخرجه الترمذي [كتاب النكاح – باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة – حديث (١٠٨٧)] ، والنسائي [كتاب النكاح – باب إباحة النظر قبل التزويج – حديث رقم (٣٢٣٥)] ، وابن ماجه [كتاب النكاح – باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها – حديث (١٨٦٥)] .

(٥) من (ن) .

(٦) من (ك) .

(٧) من (ق) .

حتى[١] ما يبدو حال المهنة كما هو أحد الثلاثة أوجه، فله أن ينظر إليها لحاجة الشراء، وإلى ماذا[٢] ينظر [بها][٣]، [هل][٤] إلى الوجه والكفين، أو إلى ما يبدو حال المهنة، [أو][٥] إلى غير ذلك؟ فيه وجوه.

قلت: والأصح أنه ينظر منها [ما ينظر إلى][٦] العبد.

الثانية: إذا عامل المرأة ببيع أو غيره أو لحمل شهادة عليها أو أدائها، جاز له النظر [إلى الوجه فقط، كذا قالوه، وفيه نظر، فإن الأكثرين ذهبوا إلى جواز النظر][٧] إلى الوجه والكفين من غير حاجة، ففي الحاجة يحرمون النظر إلى اليدين، هذا مما لا سبيل إليه، لكن يحتمل [هذا][٨] [أن يكون][٩] تفريعًا على المنع من غير حاجة.

قلت: أو يجاب بأن النظر [المباح][١٠] هناك ما يكون من غير قصد وتأمل، ولذلك جزموا بتحريمه عند خوف الفتنة، وفي هذه الصور ليست [١٥٦ق/ب] له حاجة إلى الكفين فلا ينبغي تأملهما.

الثالثة: جواز النظر واللمس للحجامة[١١]، ولمعالجة العلة بشرط الأمن[١٢]

---

(١) في (ن): « إلا ».
(٢) في (ن): « ما ».
(٣) من (ن).
(٤) من (ق).
(٥) سقطت من (ن) و(ق).
(٦) في (ق): « من ».
(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).
(٨) من (ن).
(٩) من (ق).
(١٠) من (ق).
(١١) في (ن) و(ق): « للحاجة ».
(١٢) أي: من الفتنة.

وعدم المعالج[١] من كل صنف[٢]، فإن كان، فهل يجوز نظر الرجل للمرأة للمعالجة؟ وجهان.

قلت: أصحهما: لا.

ثم أصل الحاجة كافية بالنسبة إلى الوجه واليدين، وفي النظر إلى باقي الأعضاء يشترط التأكد، وضبطه الإمام بالقدر الذي يجوِّز العدول عن الماء إلى التيمم وفاقًا وخلافًا، وفي النظر إلى الزانيين، لا بد من مزيد تأكيد، وضبطه [الغزالي بأنه][٣] الذي يعد التكشف بسببه هتكًا للمروءة ويعذر[٤] فيه في العادة[٥].

وأما الماوردي [١٧٢ن/ب] فإنه اكتفى في النظر إلى جميع البدن بمجرد الضرورة[٦]، وللأولين أن يقولوا: لا شك أن هذه الأعضاء متفاوتة في نظر الشرع بالنسبة إلى [النظر][٧] [حيث أباح النظر][٨] إلى عضو، وحرمه[٩] إلى آخر، فكان أمر ما حرم [النظر][١٠] إليه أغلظ مما أبيح النظر إليه، فناسب أن يعطي كل عضو حقه.

---

(١) في (ق): «المعالجة».

(٢) أي: بأن لم يكن هناك رجل ولا امرأة يعالجان.

(٣) في (ق): «الإمام بالقدر».

(٤) في (ن): «ويقدر».

(٥) في (ن): «للعادة» وسقطت «في» من (ق)، والمثبت من (ك).

(٦) في (ن): «الصورة».

(٧) سقطت من (ن).

(٨) من (ن).

(٩) في (ن): «وجوبه».

(١٠) سقطت من (ق).

الرابعة : جواز[١] النظر إلى فرج الزانيين لتحمل الشهادة [على][٢] الزنا ، وإلى فرج المرأة [للشهادة][٣] على الولادة ، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع ، [فيه][٤] وجوه ؛ أصحها : الجواز ، وثالثها[٥] : يجوز في الزنا دون غيره ؛ لأنه بالزنا هتك حرمته ، رابعها : عكسه ؛ لأن الحد مبني على الإسقاط .

وأما الجهل والظن ، فهل ينفع أن[٦] يكون شبهة ؟ فيه مسائل :

الأولى : إذا جهل حرمة الزنا وكان قريب العهد بالإسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة [عن العلماء][٧] ، فإنه لا يُحَدُّ .

الثانية : أن يعلم الحرمة لكن وجدها على فراشه وظنها زوجته ، فلا حد عليه .

الثالثة : لو وطئ المرتهن المرهونة بالإذن[٨] واعتقد الإباحة ، فالأصح أنه يقبل وإن نشأ بين المسلمين ؛ لأن ذلك لما خفي على [الإمام][٩] عطاء ، [مع][١٠] أنه من علماء التابعين لم يبعد[١١] على العوام[١٢] .

---

(١) في (ن) : « في جواز » .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) من (ك) .

(٤) سقطت من (ق) .

(٥) أغفل ابن الملقن ذكر الوجه الثاني وهو قول الإصطخري : لا يجوز أما في الزنا فللندب إلى ستره ، فلا طريق إلى أن يقع نظره اتفاقًا ، وأما في الرضاع والولادة فشهادة النساء مقبولة فلا حاجة إلى الرجال « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٤٣) .

(٦) في (ق) : « أو » .

(٧) سقطت من (ق) .

(٨) أي : وطئ الجارية المرهونة بإذن سيدها .

(٩) من (ن) .

(١٠) سقطت من (ن) .

(١١) أي : لم يبعد خفاؤه على العوام .

(١٢) والوجه الثاني : أنه إن كان قريب العهد بالإسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة ، فلا حد عليه ، =

الرابعة: إذا قتل من ظنه كافرًا واستند الظن إلى ظاهر بأن[١] رأى عليه زي الكفار، فإن كان في دار الحرب فلا قصاص، وكذا [لا][٢] دية على الأظهر، وعليه الكفارة، وإن كان في دار الإسلام، وجبا وفي القصاص قول.

وإن رأى مرتدًا فظن أنه لم يسلم، وكان قد أسلم [١٥٧ق/أ] فقتله، فالمنصوص: وجوب القصاص، ونص فيما إذا[٣] اعتقده ذميًا أو عبدًا والحالة هذه على عدم القصاص، واختلف الأصحاب على طرق:

أحدها: طرد القولين في الصور، والثاني: تقرير النصين، والفرق أن المرتد يحبس في دار الإسلام ولا يخلى، فقاتله مقصر[٤] بخلاف الذمي والعبد.

والثالث: القطع بوجوب القصاص في الذمي والعبد أيضًا، فإنه [ظن ما][٥] لا يبيح القتل، ولا [يقتضي الإبراء][٦]، فأشبه الزاني العالم بالتحريم الجاهل [١٧٣ن/أ] بوجوب الحد، وكيف ما قدر فالظاهر في[٧] الصور وجوب القصاص، وأما إذا عهده حربيًا، وظن أنه لم يسلم، فمنهم من جعله كالمرتد، ومنهم من قطع بأن[٨] لا قصاص، وفرق بأن المرتد لا يخلى، والحربي قد يخلى بالمهادنة، وأيضًا؛ فإن الظن ههنا يقتضي الحل بخلاف تلك الصورة.

= ويقبل إذا ادعاه، وإلا لم يقبل.

(١) في (ق): «أن».
(٢) من (ن).
(٣) في (ق): «لو».
(٤) في (ن): «مقابله تقصير».
(٥) في (ق): «لولا».
(٦) من (ق).
(٧) في (ن): «في».
(٨) في (ق): «أن».

ولو ظنه قاتل أبيه فقتله ثم بان خلافه، فالغزالي وغيره على أن المسألة على قولين؛ أصحهما: وجوب القصاص، وفي [كلام][١] غيره ما يقتضي القطع، قال الرافعي: والوجه التسوية بينه وبين ما لو ظنه مرتدًا أو حربيًا، ولو ضربه ضربًا يقتل المريض غالبًا وكان مريضًا [وجهل مرضه][٢] وجب القصاص، وفيه وجه.

الخامسة: إذا اعتقد الفاسد[٣] صحيحًا، وكان المبيع أرضًا فغرسها لم تقلع مجانًا، بخلاف ما لو علم الفساد.

السادسة: إذا قتل أحد مستحقي القصاص قبل رضى الآخر، وجهل التحريم فلا قصاص عليه قطعًا، كذا ذكره في «التهذيب»، ولو قتله بعد عفو الآخر معتقدًا التحريم جاهلًا[٤] فإن لم نوجب القصاص عند العلم فههنا أولى، وإلا فوجهان أو قولان بناء على الخلاف فيما إذا[٥] قتل من عرفه مرتدًا، أو ظن أنه لم يسلم وكان قد أسلم، وقد مرَّ أن الأظهر الوجوب.

قال الرافعي: ووجه الشبه ههنا أن المقتول معصوم والقاتل جاهل بحالته[٦] [غير معذور][٧] في الإقدام، وأقول: إنه مقصر هناك في ترك البحث[٨]؛ لأن المرتد في دار الإسلام لا يخلى سبيله بخلاف هذا، فإنه لا يحبس قبل العفو.

---

(١) من (ق).

(٢) من (ق).

(٣) أي: العقد.

(٤) أي: جاهلًا عفو المستحق الآخر.

(٥) في (ق): «لو».

(٦) في (ن): «يحاكيه».

(٧) من (ك)، وفي (ق): «عذر».

(٨) في (ن): «الإقدام»، وفي (ق): «الأشبه»، والمثبت من (ك).

وإذا قتل من أمسك أباه حتى قتل، وقال: ظننت أن القصاص يجب على الممسك، قال الرافعي في أثناء مسألة: ما لو استحق [١٥٧ق/ب] القصاص في اليمين فأخرج يساره فقطعت، أن الرأي [الظاهر][١] أن القصاص لا يندفع[٢] بذلك.

السابعة: إذا قال: قصدت بإخراج اليسار إيقاعها عن اليمين بظني أن اليسار تجزئ عنها، فإن قال المقتص: ظننت أنه أباحها بالإخراج، فلا قصاص عليه في اليسار، وللإمام فيه احتمال، قال الرافعي [١٧٣ن/ب]: إنه متوجه، وهو الحق، وإن قال المقتص: علمت أنها اليسار وأن اليسار لا تجزئ عن اليمين، ففي وجوب القصاص وجهان، أصحهما: المنع لتسليط المخرج [وإن قال: قطعتها عوضًا وظننت أنها تجزئ عنها كما ظن المخرج][٣] فالمذهب: أن[٤] لا قصاص فيها خلافًا لابن الوكيل فيما حكاه الإمام والغزالي عن العراقيين عنه، لكن قال الرافعي: إن كتبهم[٥] ساكتة[٦] عن ابن الوكيل[٧] في هذه الصورة.

وإن قال: ظننت أنها اليمين [فلا][٨] قصاص[٩] في اليسار لمعنى التسليط، وفيه وجه كما لو قتل من قال ظننته قاتل أبي فلم يكن.

---

(١) من (ق).

(٢) في (ق): «لا يرتفع».

(٣) من (ك).

(٤) سقطت من (ن)، وفي (ق): «لأن».

(٥) في (ن): «كثير».

(٦) في (ق): «متأكدة».

(٧) أي: عن الرواية عنه.

(٨) سقطت من (ن)، ووقعت في (ق): «في».

(٩) في (ن): «فصار».

ولو قال المخرج : دهشت وظني أني أخرجت[١] اليمين ، فإن قال المقتص : ظننت أنه قصد الإباحة فقياس مسألة ما تقدم أن لا قصاص في اليسار ، ولكن في « التهذيب » : « القصاص فيه كما لو قتل من قال : ظننت أنه أذن لي » وهو موافق لاحتمال الإمام هناك ، وإن قال : علمت[٢] أنها[٣] اليسار[٤] وأنها لا تجزئ عن اليمين ، فالذي يقتضيه ترجيح الأئمة من الخلاف وجوب القصاص ، وإن قال : ظننت أن اليسار تجزئ عن اليمين فلا قصاص ، وفيه احتمال للإمام ، [وإن قال : ظننت أن المخرج يمين فلا قصاص في اليسار على الصحيح][٥] .

قاعـــدة

« من جهل شيئًا[٦] مما يجب فيه الحد فلا يجب عليه الحد ؛ لأنه لم يقدم على مخالفة أمر اللّٰه تعالى ، ومن علم حرمة شيء مما يجب فيه الحد وجهل وجوب الحد وجب عليه الحد لانتهاكه حرمة اللّٰه تعالى »[٧] وشذ من ذلك مسألة :

---

(١) في (ق) : « وظن أنه أخرج » .

(٢) في (ن) : « ما علمت » .

(٣) في (ن) : « أن » .

(٤) وقعت هذه العبارة في (ق) كذا : « علمت أنها ليست تجري » .

(٥) من (ق) .

(٦) وفي « ابن الوكيل » : « من جهل حرمة شيء » .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٧٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ٣٨١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/ ٤١٠) ، « قواعد الزركشي » (٣/ ١١٦) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ٢٣٩) .

وهي ما إذا قتل من يعتقد عدم مكافأته له فبان مكافأته له ، كما إذا قتل حرٌّ عبدًا ، أو مسلم ذميًّا ثم قامت البينة بأن قد أعتق أو أسلم ، فإنه لا يجب عليه القصاص على أضعف القولين، وسنذكرها قريبًا .

فائدة : في موجب القتل العمد قولان[١] أصحهما : القود والدية بدل عند سقوطه ؛ لقوله تعالى : ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ .

والثاني : أحَدُ الأمرين [١٥٧ق/أ] منهما ، لقوله ﷺ في حديث [أبي شريح][٢] : « **فمن قتل بعدُ قتيلًا فأهله بين خيرتين** »[٣]، وعلى القولين لا يحتاج إلى رضى الجاني عند العفو على الدية للحديث، قال [١٧٤ن/أ] الإمام : إذا كنا نخير[٤] الولي على القولين ليرجع إلى الدية عند تعذر القود ، ففي العبارة المشهورة لتوجيه القولين تكلف ، بل يقال : [العمد][٥] يقتضي ثبوت المال لا محالة ، ولكنه [هل][٦] ينتصب معارضًا[٧] ؟ قولان[٨] .

فإن قيل : ما الفرق بين عبارة الإمام وعبارة الجمهور ؟ قلنا : الظاهر أن هذا

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٥٤) .

(٢) وقعت في (ق) : « ابن سريج » .

(٣) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الديات- باب من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين- حديث رقم (٦٨٨٠)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب الحج- باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد على الدوام- حديث رقم (١٣٥٥)] .

(٤) في (ق) : « نخير عن » .

(٥) أي : القتل، والمثبت من (ق) .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ن) : « تعارضان » .

(٨) يعني : هل ينتصب المال معارضًا وموازيًا للقصاص ، أو يثبت تبعًا وبدلًا له ، لا أصلًا ومعارضًا ؟ .

الخلاف لفظي، وهو زيادة اقتضائه المال لا لمحضه على من يقول: القود المحض، فعلى رأي الجمهور: العمد يوجب القود فقط [على القولين][1]، والموجب للمال العفو مثلًا، والإمام يقول: العفو لم يكن موجبًا للمال، وإنما كان الموجب له القود، لكن يتوازيا، وكان ينبغي من جهة المعنى اختلاف الإمام مع الجمهور فيما لو [قال][2]: عفوت[3] عن هذه الجناية، وفي باب التعويض اختلفوا أيضًا أن مهر المثل أصل والمفروض بدل عنه[4]، أو أحدهما لا بعينه، والأصح فيه: الثاني.

ويتفرع على القولين مسائل:

الأولى: لو قال في الدعوى: قتل مورثي مع جماعة ولم يذكر عددهم، وكان المطلوب القصاص وبين كونه عمدًا، فالذي رآه الغزالي وجماعة تخريجه على القولين إن قلنا: الموجب القود المحض، فالظاهر الصحة وإلا فوجهان، والذي قاله الرافعي وغيره طرد الخلاف، والصحيح: صحة الدعوى؛ لأنه إذا حققها ثبتت له المطالبة بالقصاص، وذلك لا يختلف بعدد الشركاء، ومن منع نظر إلى أنه قد يعفو، فلا يعلم ما يجب على المدعى عليه من الدية.

الثانية: إذا عفا عن القصاص على الدية، فإن قلنا: الموجب القود [وجبت الدية][5]، وإن قلنا: أحدهما، فأوجه، [أصحها][6]: سقوط القصاص ولا دية اعتبارًا بأول كلامه، والثاني: يسقط وتجب الدية.

---

(١) من (ق).

(٢) من (ك).

(٣) في (ن): « عدت »، وفي (ق): « غيرت ».

(٤) في (ن): « يدل عليه ».

(٥) سقطت من (ن).

(٦) من (ن).

والثالث[(١)] : أن هذا [العفو][(٢)] لاغ والولي على خيرته[(٣)] .

والثالثة : لو عفا على مال من غير جنسها وقبل الجاني ، فإن قلنا : الواجب القود وجب المال [١٥٨ق/ب] وسقط القود ، وإن قلنا : أحدهما ، فوجهان أصحهما : أن الجواب كذلك .

الرابعة : لو عفا عن القود ونصف[(٤)] الدية ، فإن قلنا : الواجب القود ، فعن القاضي حسين أن هذه معضلة [١٧٤ن/ب] أشهرت الجِلَّة ، وعن غيره الصحة ، وسقوط القود ، ونصف الدية ، وإن قلنا : الواجب أحدهما ، فالذي يقتضيه إطلاق المحققين : أنه يسقط وتجب نصف الدية [أيضًا][(٥)] .

الخامسة : إذا قال : عفوت عن [القصاص ولم يذكر][(٦)] الدية ، فإن قلنا : الواجب القود المحض فهو لغو ، وله بعد ذلك [أن يعفو عن القصاص ، وإن قلنا : الواجب أحدهما : قالوا : إن له بعد ذلك][(٧)] أن يقتص ، وفيه نظر ، فإنه إذا كان الواجب أحدهما لا بعينه وكل واحد منهما موازيًا للآخر ، فإذا أسقط أحدهما حقه سقط ، وصرحوا بأنه لا رجوع [له][(٨)] إليه ، وما ذاك إلا لأنه حقه فإذا أسقطه سقط ، فإذا سقط فوجوب [الآخر][(٩)] يقتضي وجوبهما معًا ، وهو يناقض قولهم :

---

(١) في (ق) : « والثاني » .

(٢) سقطت من (ن) .

(٣) في (ن) : « جنونه » .

(٤) في (ن) و(ق) : « وثبتت » .

(٥) من (ن) .

(٦) من (ك) .

(٧) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٨) من (ن) .

(٩) من (ك) .

إن الواجب أحدهما .

السادسة : إذا جنى على العبد المرهون عمدًا ، فللراهن أن يقتص ، فإن عفى على أن لا مال ، فإن قلنا : الواجب أحدهما لم يصح العفو عنه ، وإن قلنا : الواجب القود ، فإن قلنا : مطلق [العفو][١] لا يوجب المال لم يجب شيء ، وإن قلنا : يوجبه [فوجهان ؛ أحدهما : يجب لحق المرتهن ، وأصحهما : لا ؛ لأن القتل لم يوجبه][٢] ، وإنما يوجبه العفو المطلق أو العفو على[٣] المال ، [وذلك][٤] نوع اكتساب منه وليس على الراهن الاكتساب للمرتهن ، فإن لم يقتص في الحال ولم يعف ففيه طريقان[٥] .

قاعــدة

« من جنى جناية فهو مطالب بها ، [ولا يطالب بها][٦] غيره إلا في صورتين »[٧] :

---

(١) من (ن) .

(٢) من (ك) .

(٣) في (ن) : « عن » .

(٤) من (ك) .

(٥) أحدهما : أنا إذا قلنا : إن الواجب أحد الأمرين أجبر ، وإلا فلا .

(٦) من (ق) .

(٧) ذكر ابن الملقن هذه القاعدة في بدايات باب الجنايات ، ولكنه ذكر ثمَّ كلام ابن السبكي ، ثم هو ذا ينقل كلام ابن الوكيل فيها هنا ، وانظر : « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٨٦) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٩٢) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٢٨) ، « قواعد الزركشي » (٣/٣٦٠) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ١٢٤) .

إحداهما : العاقلة في تحملها الخطأ وعمده[١] .

الثانية : إذا قتل الصبي المحرم صيدًا ، فالجزاء في مال الولي على أحد القولين ، وكذلك سائر الكفارات .

فائدة : الكفارات جوابرُ على الصحيح لما فات من حق اللَّه تعالى؛ بدليل وجوبها على حافر[٢] البئر والنائم ونحوهما[٣] ، ولأنها عبادة للنية فيها [مدخل][٤] فلا تشبه الحدود والتعزيرات التي [هي][٤] زواجر محضة ، وقال آخرون : بل هي زواجر على[٥] الفعل التي وضعت بإزائه إما لفاعله[٦] أن يقع في مثله ، أو لغيره أن يفعل مثل فعله ، فإيجاب الكفارة في العمد واليمين الغموس أحق منه في إيجابها في قتل الخطأ [١٥٩ق/ب] أو اليمين غير الغمـوس[٧] ؛ [على القولين][٨] ؛ لأن الزجر [١٧٥ن/أ] والجبر [فيهما][٨] أولى منه في غيرهما .

قاعـــدة

« ليس من لا يضمن شخصًا و[٩]يضمن طرفـه إلا السيد مع مكاتبه لم

(١) في (ن) : « وبأيدية » ، ولعل صوابه : « وشبه العمد » .
(٢) في (ن) : « حافتى » .
(٣) في (ن) : « وجوها » .
(٤) من (ن) .
(٥) في (ق) : « عن » .
(٦) في (ن) : « أم العاقلة » .
(٧) في (ق) : « ويمين الغموس » .
(٨) من (ق) .
(٩) في (ق) : « وهي » .

يضمنه ، وإن قطع طرفه ضمنه »(١) .

قاعـــدة

قال القفال : « **كل كفارة [سببها معصية فهي على الفور** »](٢) .

[وهذا وإن أطلقه القفال إطلاقًا ففيه خلاف سيحكيه هو نفسه ، فإنا سنحكي عنه وجهين ، نقول : إنهما جاريان في كل كفارة](٣) وجبت بعدوان [بل ليس هو جاريًا على الصحيح في كل الصور ؛ إذ](٣) صرح الرافعي في غير موضع من الظهار أن كفارته على التراخي وهو معصية(٤)، وقد يقال : السبب هو العود أو مجموعهما على الخلاف فيه ، والعود ليس بحرام ، وعبارة الرافعي في المعسر(٥) لا يجد الرقبة : « ليس له العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان بل يصبر » ، قال : « لأن الكفارة على التراخي » ، قال : « وفي كفارة الظهار وجهان لتضرره بفوات الاستمتاع » ، وقال في الصداق : « لا يجوز لولي الصبي أن يعتق عنه من ماله في كفارة القتل » أي : فإن ذلك قد يُوجه بأنه لا معصية من الصبي فلا فورية(٦) [في كفارة قتل](٧) ولا عتق ، وقال في الحج فيما إذا وجبت الفدية على الصبي : « إنه

---

(١) « قواعد الزركشي » (٢/٣٤٥) .

(٢) سقطت من (ن) .

(٣) ما بين المعقوفتين من (س) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٨٥) ، « قواعد الزركشي » (٣/١٠٢-١٠٣) .

(٥) في (ق) : « المحصر » .

(٦) في (ن): «قود» .

(٧) من (ن) .

ليس للولي أن يكفر عنه بالمال » لأنه غير متعين على القول بجواز افتدائه بالصوم، لكن الذي صرح به القاضي في باب الوصية، والبندنيجي في الأيمان، واقتضته عبارة الإمام، واقتصر عليه الرافعي والنووي في كفارة القتل: أن الولي يعتق عنه، وهو خلاف ما سلف، قال ابن الرفعة: « وقد يجري في المجنون »؛ [أي][1] وهو ظاهر في الجنون المطبق؛ إذ لا غاية [له][2] تنتظر بخلاف الصبي، قال: « والأشبه إن كان [القتل منها][3] في صورة الخطأ منع الإخراج في الحال لعدم الفورية، وإن كان في صورة العمد وقلنا: إنه كالخطأ، فكذلك، وإن قلنا: كالعمد فيخرُج فيه خلاف مخرج على أن ذلك يجب على الفور أم لا ؟ كما هو مذكور في باب الحج، وحاصل هذا أنه إذا كانت الكفارة على التراخي يمنع الولي من الكفارة بالعتق[4]، وقد يقال: لا يلزم من عدم الفورية وجوب التأخير، بل المبادرة حينئذ أولى كما في كل واجب على التراخي، وكما يجوز له أن [١٥٩ق/ب] يوفي دينه وإن لم يطالبه صاحب الدين بالوفاء، وقلنا والحالة هذه: إنه لا يجب إلا بالطلب طلبًا لبراءة ذمته، والظاهر [١٧٥ن/ب] جوازه إعتاق الولي من مال الصبي في الحال، وإن كان في صورة الخطأ ».

- **ومنها**: [لو][5] أفسد الحج ووجب القضاء، فالأصح: أنه على الفور، قال

---

(١) من (ق).
(٢) من (ن).
(٣) كذا في (س)، وفي (ق): «الفصل بينهما»، وهو ساقط من (ن).
(٤) في (ق): « في العتق ».
(٥) من (ق).

القفال : « والوجهان جاريان في كل كفارة وجبت بعدوان » ، قال : « والكفارة بلا عدوان على التراخي قطعًا » [والله أعلم][١] .

***

(١) من (ن) .

كتاب قاطع الطريق

قاعــدة

« هل المغلب في قتل قاطع الطريق حق اللَّه تعالى أو حق الآدمي ؟ »[(١)] .

فيه قولان ، واختلف في التعبير عنهما ، والأصح أن فيه معنى القصاص لكونه في مقابلة قتل ، ومعنى الحد ، لأن[(٢)] استيفاءه للإمام ، ولا عفو ، وما الغالب من المعنيين ؟ فيه القولان ، وقيل : هذا القتل هل يتمحض حقًّا للَّه تعالى أو يراعى [به][(٣)] حق الآدمي ؟ والأصح : الثاني .

ويقال على هذا القول : إن أصل القتل في مقابلة القتل ، والتحتم حق للَّه تعالى ، [ويتفرع][(٤)] على الخلاف المذكور صور :

- **منها** : إذا قتل من لا يكافئه كالأب إذا قتل ابنه ، والحر إذا قتل العبد ، والسيد إذا قتل عبده على أحد الطريقين ، ففي قتله به قولان : إن غلبنا حق الآدمي لا يجب ، وإن غلبنا حق اللَّه وجب .

- **ومنها** : إذا قتل واحدٌ جماعةً ، فإن غلبنا حق اللَّه تعلى قُتِلَ بهم ، ولا دية [عليه][(٤)] ، وإن غلبنا حق الآدمي قتل بالأول ، ووجبت الدية للباقي .

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١١٢) .

(٢) في (ن) : « أن » .

(٣) من (ق) .

(٤) من (ن) .

- **ومنها** : إذا تاب[١] قبل الظفر به ، فإن غلبنا حق الآدمي لم يسقط القود ، وإلا سقط[٢] .

- **ومنها** : إذا قتله أجنبي ليس [بولي][٣] للمقتول بغير إذن الإمام ، فإن غلبنا حق الآدمي قتل به على أحد الوجهين ، ووجه الآخر : كون قتله متحتمًا[٤] ، لا شك في وجوبها[٥] ، وإن غلبنا [حق اللَّه تعالى عذر للافتيات .

- **ومنها** : لو قتله بمثقل أو قطع عضوه فسرى إلى النفس[٦] ، فإن غلبنا حق الآدمي فُعل به مثله ، وإن غلبنا][٧] الثاني قتل بالسيف .

- **ومنها** : لو عفا على مال ، فإن غلبنا الأول[٨] أُخذت الدية من تركته ، وإلا فلا شيء لورثة المقتول .

- **ومنها** : لو كان مستحق القصاص صبيًّا أو مجنونًا ، فينبغي أن يخرج [١٧٦ن/أ] على [ما][٩] نقل الرافعي وغيره من عفو الولي .

فإن قلنا يسقط القصاص ويجب [إبذال][١٠] المال ، فلا يقتص بل يصبر حتى

---

(١) في (ق) : « مات » .
(٢) أي : وإن راعينا حق اللَّه سقط .
(٣) في (ق) : « بمقتول » .
(٤) في (ن) و(ق) : « متحتم » .
(٥) أي : الدية .
(٦) في (ن) : « فصار نفسًا » ، والتصويب من (ك) .
(٧) ما بين المعقوفتين من (ن) .
(٨) أي : حق اللَّه .
(٩) من (ن) .
(١٠) سقطت من (ق) .

يبلغ ويعتق [١٦٠ق/أ] لئلا يفوت عليه المال، وإن قلنا: يلغو فيتجه أن يقال: لا حاجة إلى انتظاره، ويحتمل أن يقال: يتربص به لحصول التشفي، [والله أعلم][1].

* * *

(١) من (ن).

كتاب الحدود

قاعـــدة

« من جهل حرمة شيء مما يجب فيه الحد أو العقوبة [وفعله لم يحد ، وإن علم الحرمة وجهل الحد أو العقوبة][(١)] حُدَّ أو عوقب »[(٢)] .

ووجب الحد على من شرب الخمر عالمًا بتحريمها جاهلًا وجوب الحد [دون][(٣)] من شربها يظنها خلًّا[(٤)] ، أو يعرفها خمرًا ولكن يحسبها حلالًا إذا كان مثله ممن يجهل ذلك .

وظهر [ضعف][(٥)] سؤال من قال : كيف لا يخرج [السادة][(٦)] الشافعية في وجوب القصاص في المثقل وجهين ؛ إقامة لخلاف [الإمام][(٦)] أبي حنيفة مقام

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) ذكر ابن الملقن هذه القاعدة قريبًا ، ولكنه ذكر ثمَّ تقرير ابن الوكيل ثم هو يكررها ذاكرًا تقرير ابن السبكي .
راجع القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٧٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/ ٣٨١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/ ٤١٠) ؛ « قواعد الزركشي » (٣/ ١١٦) ، « قواعد الندوي » (ص : ٢٣٩)

(٣) من (ن) .

(٤) في (ن) و(ق) : « حلالًا » .

(٥) من (ق) .

(٦) من (ن) .

الشبهات الدارئة للحدود، كما أن لهم وجهًا إن وطئ المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن لا يُوجب الحد، وإن علم بالتحريم لما يروى عن عطاء من تجويز إعارة الجواري للوطء بالإذن، فاعتبار خلاف [الإمام][1] أبي حنيفة أولى من اعتبار خلاف عطاء، وهو[2] ساقط يظهر [ضعفه][3] بتأمل لفظ القاعدة، فإن هذا الوجه على ضعفه إنما قال: خلاف عطاء شبهة[4]؛ لقوله بالحل لا بالحرمة مع سقوط الحد، وإليه أشار أبو سعد الهروي بقوله في « غوامض الحكومات »: « الصحيح من مذهبنا أن الشبهة العاملة[5] في درء الحد تنشأ عن قوة تقابل الأدلة [لا][6] عن مجرد الاختلاف ».

و[الإمام][7] أبو حنيفة لم يقل: بحل القتل بالمثقل[8]، وإنما قال بسقوط القصاص، فكان القاتل بالمثقل[9] عالمًا بالحرمة جاهلًا بالعقوبة، فلا ينفعه جهله بها[10]، بخلاف الجهل بالحرمة من أصلها، ولقد أثر الجهل بالحرمة حتى في الضمانات التي أصلها على أن لا يفرق الحال[11] فيها بين العلم والجهل، فلم يؤثر

(١) من (ن).

(٢) أي: السؤال السابق.

(٣) كذا في (س)، وفي (ق): «الصيغة»، وهي ساقطة من (ن).

(٤) في (ن): « يشهد ».

(٥) في (ن): « المقابلة ».

(٦) سقطت من (ن) و(ق).

(٧) من (ن).

(٨) ولا يقول بذلك أحد.

(٩) في (ن): «بالقتل».

(١٠) في (ق): « به ».

(١١) في (ن) و(ق): « الجاني »، والمثبت من (س).

التعزير فيها مع العلم بالتحريم، قال الأصحاب في غاصبٍ أمر غيره بإتلاف المغصوب ففعله[١] جاهلًا [١٧٦ن/ب] بأنه غاصب: أن المذهب القطع باستقرار الضمان على المتلف؛ لأنه لا يخرج على القولين[٢] في الأكل من الغاصب؛ لأن ما فعله هذا حرام بخلاف الأكل، ولا أثر للتعزير مع التحريم.

وشذ عن القاعدة مسائل:

- **منها**: قتل من[٣] يعتقد [عدم][٤] مكافأته، كحر قتل عبدًا، أو مسلم قتل[٥] ذميًا، ثم تقوم البينة بأنه كان قد أعتق وأسلم، فلا قصاص عليه في قول.

- **ومنها**: وطئ[٦] جارية ظنها مشتركة بينه وبين غيره، فإذا هي [غير][٧] مشتركة [١٦٠ق/ب] وقلنا بالأصح، وهو أنه لا حد بوطء المشتركة، فهل يجب الحد هنا؟ تردد فيه الإمام، ورجح النووي وجوبه؛ لأنه علم التحريم فكان من حقه الامتناع.

- **ومنها**: إذا وطئ الجارية مشتريها شراء فاسدًا؛ لكون الثمن خمرًا أو لاشتمال العقد على شرط فاسد، فلا حد لاختلاف العلماء في حصول الملك بالبيع الفاسد، مع أنه لم يبح أحد الوطء[٨] فيه، ومن ثم استشكل الإمام عدم الحد.

---

(١) في (ن) و(ق): «فقط».
(٢) في (ن) و(ق): «القول».
(٣) في (ن) و(ق): «شيء».
(٤) سقطت من (ن).
(٥) في (ق): «يقتل».
(٦) في (ن) و(ق): «وجد».
(٧) سقطت من (ق).
(٨) في (ن): «الواطئ».

- **ومنها** : لو بادر أحد ابني المقتول وقتل الجاني بغير إذن الآخر قبل عفوه، فالأظهر: لا قصاص للشبهة، والأصح: أن الشبهة كونه صاحب حق في المستوفي، [وقيل: قول][1] بعض علماء المدينة : أن انفراد كل من الورثة[2] جائز، والقول الثاني : أنه يجب القصاص، فعلى هذا يقع الاستثناء[3]، فإن بعض علماء المدينة قال بالحد، ثم لم يعتبر خلافه.

قاعـــدة

« لا يجب قذف الزوجة إلا في مسألة واحدة إذا ولدت ولدًا اعتقده من الزنا »[4].

قاعـــدة

ذكرها الرافعي في الجراح في مسألة المبادرة، وفي باب حد الزنا أيضًا: « **كل جهة صححها بعض العلماء وحكم بحل الوطء بها، فالظاهر أنه لا حد على الواطئ بتلك الجهة وإن كان لا يعتقد الحِلَّ** »[5].

وهذا القاعدة ذكرها الإمام أيضًا في « نهايته » في الحدود فقال: « القاعدة المعتمدة في المذهب: أن كل جهة صار إلى تصحيحها والحكم بإفضائها إلى الإباحة صائر[6] ....

---

(١) في (ن) : « وفيه أنه قول ».

(٢) في (ق) : « الورثة المؤثر ».

(٣) في (ن) : « يجب الاستيفاء ».

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٠١).

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٩٤).

(٦) في (ن) و(ق) : « جائزة »، والمثبت من (س).

من أهل[1] الشريعة، فإذا حصل الوطء بها فالمذهب [انتفاء الحد][2]، وإن كان المقدم عليها لا [١٧٧ن/أ] يرى استحلال الوطء بها».

وقد ذكر الرافعي في [باب الزنا][3] أن المذهب وجوب الحد على المرتهن إذا وطئ الجارية المرهونة بإذن الراهن[4]، وهو يعتقد التحريم، والمحكي عن عطاء في هذه الصورة الإباحة.

قال الرافعي: وقياس هذه القاعدة أن تكون شبهة تدرأ الحد، وكأنهم لم يصححوا النقل عنه، وإن قيل: انعقد الإجماع بعده، فهذا قد ذكر مثله في نكاح المتعة، فيلزم أن يحكم فيه بوجوب الحد.

وذكر الفقيه[5] رحمه الله في «الكفاية»: أن النقل لم يصح عن عطاء.

قلت: ولو صح فليس بشبهة لضعفه[6]، والحد لا يدرأ بالمذاهب وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة، وليس لعطاء متمسك- أي قوي- [١٦١ق/أ] وقد قال الإمام: «التثريب عندنا أن كل عقد ليس فساده[7] من المظنونات، [وإنما عزى لبعض الأئمة فيجري- أي قوله فيه- ونكاح المتعة منه، فإن الذي استمر عليه مذاهب علماء الأمة أن نكاح المتعة نُسخَ[8]، وقد قيل: رجع

(١) في (ن) و(ق): «أصل».

(٢) في (ن): «أنه»، وهي ساقطة من (ق)، والمثبت من (س).

(٣) سقطت من (ن)، وفي (ق): «الحد».

(٤) في (ق): «المرهون».

(٥) يعني: ابن الرفعة.

(٦) في (ن): «بضعفه».

(٧) وقعت في (ن) و(ق): «ليس فيه مادة»، والمثبت من (س).

(٨) أي: بعد أن كان مباحًا.

ابن عباس عما نسب إليه من الإباحة ، وكل عقد لا يمكن القطع بفساده ، ويلحق الكلام فيه بالمظنونات][١] ، فهو شبهة في درء الحَدِّ كمذهب [الإمام][٢] أبي حنيفة في النكاح بلا ولي ، ومذهب [الإمام][٢] مالك [في انعقاده][٣] بلا شهود ، ولا يجري القول الذي ذكرته[٤] في هذا الصنف » . انتهى .

وحاصله : أن المخالف في أمر مظنون يعتبر مخالفته ، والمخالف في أمر مقطوع أو مقارب له لا يعتبر خلافه ، وينبغي أن يكون الضابط [ما ينقض][٥] فيه قضاء القاضي ، فكل ما [لا][٦] ينقض يكون عذرًا ، وكل ما ينقض لا يكون عذرًا ، وقول الرافعي : « انعقد الإجماع بعد عطاء » ، فقد قيل مثله في نكاح المتعة بعد ابن عباس [فأنى يستويان[٧] ، وعطاء لم يثبت النقل عنه بخلافه ، ولكن قيل : رجع[٨] ، والأصل عدمه ، فاعتبار خلافه مستمر على الأصل ، وأما عطاء فالأخذ بقوله أخذ بما[٩] لم يثبت ، ودل الاتفاق بعده على عدمه ، ومتمسك ابن عباس][١٠] قوي[١١] .

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .
(٢) من (ن) .
(٣) من (س) .
(٤) في (ق) : « ذكرناه » .
(٥) من (ق) .
(٦) من (ن) .
(٧) في (ن) : « وابن سوار » .
(٨) في (ن) : « يرجع » .
(٩) في (ن) : « فالأخذ بقول أحدهما ما » ، والتصويب من (س) .
(١٠) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .
(١١) أي : فمتمسك ابن عباس في الجملة أقوى من متمسك عطاء أو أقل ضعفًا فلا يلزم من عدم اعتبار الأضعف عدم اعتبار الضعيف .

ومن مسائل القاعدة :

- إذا نكح مجوسية أو وثنية قال البغوي[١] : وجب الحد [١٧٧ن/ب] ، وقال الروياني في « جمع الجوامع » : لا حد ، فإن في نكاحها خلافًا ، قال الرافعي : هذا هو القياس إذا تحقق الخلاف ، قال ابن الرفعة : وكأنه فهم أن ما أشار إليه الروياني من الخلاف بين الأئمة لا بين أصحابنا وليس الأمر كذلك ؛ لأن بعض أصحابنا جوز[٢] نكاح المجوسية ، كذا ادعى[٣] ، وكأنه استبعد أن يكون الرافعي فهم أن الخلاف بين أصحابنا ثم يقال معه بالوجوب[٤] ، فإن الخلاف في المذهب أقوى من الخلاف غير المذهبي ، وهذا غير لازم ، بل قد يكون الأول في غاية السقوط ، والأقوال الشاذة قد تكون في المذهب كما تكون خارجه ، وممن ذهب إلى أن للحاكم أن يزوج الحرة المجوسية من أصحابنا القدماء الإمام أبو بكر الفارسي صاحب « عيون المسائل » ، نقله عنه أبو عاصم العبادي في « الطبقات » .

قاعـــدة

« من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عُزِّر »[٥] .

و[من ثم][٦] لم يشترط الماوردي والغزالي انتفاء الكفارة ، وتبعهما في « التعجيز » .

---

(١) في (ق) : « الرافعي » .

(٢) في (ن) : « جوزوا » .

(٣) يعني : ابن الرفعة .

(٤) أي : بوجوب الحد .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٩٦/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٢٩/٢) ، « قواعد الزركشي » (١٩٨/٣) .

(٦) من (ن) .

ويستثنى من ذلك مسائل: أعني مما لا حد فيه ولا كفارة.

الأولى: [ما][١] لا يفيد[٢] فيه إلا الضرب المبرح على ما حكاه الإمام عن المحققين، قال: «لأن الضرب المبرح يهلك فلا سبيل إليه، وغيره لا يفيد فلا يفعل»، وجرى في «الروضة» عليه، وبحث الرافعي فقال: إنه يشبه أن يضرب غير مبرح [إقامة [١٦١ق/ب] لضرورة][٣] الواجب وإن لم يُفِدْ[٤].

وشبه الأول ما نقله الرافعي عن الإمام فيمن قتل نحيفًا بضربات تقتل مثله[٥] غالبًا وتيقَّنَّا، أو ظننا ظنًّا مؤكدًا أن الجاني في نفسه وقوته لا يهلك[٦]: أن الوجه القطع بأنه لا يُضْرَبُها لأنها[٧] لا تقتله، وإنما يراعى المماثلة إذا [توقعنا][٨] حصول الاقتصاص بذلك الطريق فيعدل[٩] إلى السيف هنا ابتدأ، وكذا يشبهه ما قاله في «التتمة»: [من][١٠] أن موضع الخلاف في هل[١١] يعدل إلى استعمال [خشبة][١٢] فيمن قتل بلواط فيما[١٣] إذا كان موته متوقعًا من ذلك، أما إذا لم

(١) من (س).
(٢) في (ن): «يعتد».
(٣) في (ن): «إذا تصور»، وفي (ق): «كصورة».
(٤) في (ن): «يعتد».
(٥) في (ن) و(ق): «منه».
(٦) أي بتلك الضربات.
(٧) في (ن) و(ق): «لأنه».
(٨) سقطت من (ن).
(٩) في (ق): «فينقل».
(١٠) سقطت من (ن).
(١١) في (ن): «هذا».
(١٢) سقطت من (ن).
(١٣) في (ن): «بما».

يتوقع وكان موت المجني عليه لطفولة ونحوها ، فلا [معنى][١] للمقابلة [١٧٨ن/أ] .

الثانية : ما قاله الشيخ عز الدين [ابن عبد السلام][٢] أن الأولياء لا يعَزرون على الصغائر، بل تقال عثراتهم ، وتستر زلاتهم، ويشهد له ما قاله ابن الصباغ في « شامله » في السِّيَر : فيما إذا كتب بعض المسلمين إلى المشركين بخبر الإمام أن [الإمام][٢] الشافعي قال : إن كان فاعل هذا من ذوي الهيئات عُذِر ،ولم يعزر لحديث حاطب .

الثالثة : حكى ابن الرفعة وجهًا أن قاذف ولده لا يعزر .

الرابعة : من وطئ امرأته في دبرها ، فإنه لا يعزر في أول مرة ، فإن عاد عزر ، نُصَّ عليه ، وذكره صاحب « التهذيب »[٣] ، والروياني .

قال القاضي أبو حامد المروذي[٤] فيمن دخل من أولى القوة الحِمى الذي حماه الإمام [عن][٥] ماشيتِه : أنه لا يعزر [مع][٦] كونه عاصيًا .

الخامسة : [على وجه][٧] إذا وطئ السيد[٨] المكاتبة لا يعزر، وإن علم التحريم .

السادسة : [ما][٩] أطلقوا أن الزكاة يجب دفعها إلى الإمام الجائر بعد طلبه ،

---

(١) من (س) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ق) : « المهذب » .

(٤) وقعت في (ن) و(ق) : « البزدوي » .

(٥) سقطت من (ق) .

(٦) سقطت من (ن) و(ق) .

(٧) في (ن) : « الشبهة » .

(٨) من (ق) .

(٩) من (س) .

وأنه إذا غلَّها من الجائر لا يعزر[١]، ولا يبعد التعزير بعد الطلب أحرى .

- قد يجمع الحد أو الكفارة مع التعزير في مسائل:

الأولى : من أتى بهيمة في نهار رمضان وجب عليه مع القضاء العقوبة والكفارة ، ذكره صاحب « التهذيب » ، ومراده بالعقوبة التعزير ، لأن الأصح انتفاء الحد .

الثانية : الجماع في نهار رمضان ، فإنه فيه مع الكفارة التعزير ، صرح به ابن يونس في « شرحه » ، ولعله أخذه مما قبله ، ومن أفطر عاصيًا في رمضان بغير الجماع عليه مع القضاء التعزير والفدية على أصح الوجهين، كذا قال البغوي في « التهذيب » ، والفدية غير الكفارة ، قال : لأنها لما وجبت على [١٦٢ق/أ] المرضعة مع كونها معذورة؛ فلأن تجب على[٢] [غير][٣] المعذور أولى ، والأصح عند الرافعي والنووي: أن الفدية لا تجب .

الثالثة : اليمين الغموس يجب فيها مع الكفارة التعزير ، قال الشيخ عز الدين في قواعده ، وابن الصلاح في فتاويه : التعزير ؛ لجرأته على ربه ، والكفارة لمخالفة موجب اليمين وإن كان مباحًا [١٧٨ن/ب] أو مندوبًا .

الرابعة : قال ابن الصباغ[٤] في أوائل الجراح : كل مكان [قلنا][٥] لا يجب [فيه][٦] القصاص ، فإن القاتل يعزر ويلزمه البدل والكفارة .

---

(١) في (ق) : « لا يمنع » .
(٢) في (ن) : « مع » .
(٣) من (ق) .
(٤) في (ن) : « ابن الصلاح » .
(٥) سقطت من (ن) .
(٦) من (س) .

الخامسة : قال الفوراني : تقطع يد السارق ويعزر أيضًا ، قال مجلي : إن أراد بالتعزير تعليق يده في عنقه فحسن، أو غيره فمنفرد[١] به ، انتهى .

وقد يقال : هو تتمة للحد[٢] [لا تعزير][٣] ، كما [هو وجه][٤] في حسم اليد المقطوعة بالزيت المغلي .

السادسة : قال ابن داود في « شرح المختصر » : إذا قتل الرجل من زنى بأهله في الحالة التي هو فيها زانٍ لم يعزر، وإن احتال[٥] على الإمام، بل يعزر ؛ لأن الغيظ والحمية حمله [عليه][٦] ، ونقل الخطابي في « معالمه »[٧] أن [الإمام][٨] الشافعي نص على أنه يحل له قتله والحالة [هذه][٨] فيما بينه وبين اللّٰه تعالى ، وإن [كان][٨] يقاد به في الحكم ، فعلى هذا لا استثناء .

السابعة : إذا استوفى ولي الدم القصاص بغير إذن الإمام [لم][٩] يعزر على

---

(١) كذا في (س) ، وفي (ن) : « أو غير متفرد به » ، وفي (ق) : « أو غيره منفرد به » .

(٢) أي : تعليق اليد في العنق .

(٣) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «يعذر».

(٤) في (ق) : « يقال » .

(٥) في (ق) : « افتات » .

(٦) من (ن) .

(٧) في (ن) و(ق) : « معانيه » .
وكتاب « معالم السنن » لأبي سليمان حَمَد بن محمد بن إبراهيم الخطابي المتوفى سنة (٣٨٨هـ) هو شرح على « سنن » الحافظ أبي داود سليمان بن أشعث السجستاني المتوفى سنة (٢٧٥هـ) ، انظر : « كشف الظنون » (٤٦/٢) ، « طبقات ابن قاضي شهبة » (١٣٢/١- رقم ١١٦).

(٨) من (ن) .

(٩) من (ق) .

وجه ، قال ابن الرفعة : لعل مأخذه تجويز الاستبداد ، والأمر كذلك .

[**الثامنة** : الزيادة على أربعين[١] في الخمر[٢] إلى ثمانين تعزير على الأصح ، والأربعون حد فاجتمعا][٣] .

التاسعة[٤] : نص [الإمام][٥] الشافعي[٦] على أن الأب يجب عليه بقتل ابنه الدية[٧] ، وإليه أشار ابن الصباغ بقوله الذي حكيناه [عنه][٨] : أن كل مكان لا يجب فيه القصاص يعزر القاتل ، ويلزمه البدل والكفارة .

قاعـــدة

فيما جُمع من « فتاوى القفال » : « **أن سقوط [حد القذف وعدم]**[٩] **حد الزنا على المقذوف لا يجتمعان [إلا]**[١٠] **في مسألتين** »[١١] :

إحداهما : إذا أقام القاذف بينة على زنا المقذوفة ، وأقامت[١٢] [هي][١٣] بينة على أنها عذراء .

---

(١) في (ق) : « أربع » .
(٢) في (ق) : « الحر » .
(٣) ما بين المعقوفتين من (ق) .
(٤) في (ن) : « الثامنة » .
(٥) من (ن) .
(٦) حكى ابن الرفعة هذا النص عن الإمام الشافعي في حواشي كافيته .
(٧) وكذلك الكفارة والعقوبة كما في « ابن السبكي » .
(٨) من (ن) .
(٩) سقطت من (ق) .
(١٠) من (ن) .
(١١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٩٩/١) .
(١٢) في (ن) و(ق) : « وأقام » .
(١٣) من (ق) .

الثانية : إذا أقام شاهدين[١] على إقرار المقذوف بالزنا ، وقلنا : الإقرار بالزنا لا يثبت بشاهدين ، ففي سقوط الحد عن القاذف وجهان [١٦٢ق/ب] والظاهر : نعم ، قال الرافعي : وكأن المراد ما سوى صورة التلاعن؛ فإن الزوجين إذا تلاعنا اندفع الحدَّان .

ولو أقام البينة على إقرار المقذوف بالزنا سقط عنه الحد، فلو رجع المقذوف عن الإقرار سقط عنه حد الزنا ، ولا يقبل رجوعه في حق[٢] القاذف ، ولا يلزمه الحد، وهذه مسألة أخرى اجتمع فيها سقوط حد القذف وعدم الحد على المقذوف، قال في « الروضة »[٣] : مراد القفال [١٧٩ن/أ] لا يسقط حد القذف مع أنه لا يحكم بوجوب حد الزنا إلا في المسألتين، فلا يرد عليه الأخيرتان ؛ لأنه وجب فيهما حد الزنا ثم سقط بلعانهما أو بالرجوع ، ولهذا قال : وعدم [حد][٤] الزنا على المقذوف، ولم يقل : وسقوط حد الزنا كما قال ، وسقوط حد القذف .

فالحاصل : أنه لا يسقط حد القذف [ويمتنع][٥] حدُّ الزنا إلا في [المسألتين ، ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في][٦] أربع ، والمراد السقوط بحكم الشرع لا بعفوه[٧] ونحوه ، وهو كما قال، إلا أن يقال : الأولى وجب فيها حد الزنا ثم سقط ،

---

(١) في (ن) : « شاهدان » .

(٢) في (ن) و(ق) : « حد » .

(٣) في (ق) : « الرخصة » .

(٤) من (ق) .

(٥) من (ق) .

(٦) من (ق) .

(٧) في (ن) و(ق): «بعقوبة».

وهي وِزَان صورتي الرافعي ، وبتقدير[1] أن مراده ما ذكره[2] ، فيرد [عليه][3] ما إذا قذفه وطالبه المقذوف بالحد، وادعى [أن][3] المقذوف زنا وطلب يمينه ، وقلنا بالصحيح : أنه يحلف فنكل فحلف القاذف ، فإنه يسقط حد القذف ولا يجب[4] حد الزنا على المقذوف ، وكذا لو قذف من لا وارث له على قول ، واقتضاه الرافعي على الصورتين فيما إذا شهد عليه أربعة بالزنا، ولكنهم فسقة بفسق مجتهد فيه ، وكذا مقطوع به على الأصح عند صاحب « العدة » ، وكذا لو ارتد[5] المقذوف أو سرق بعد القذف على خلاف فيهما ، وغير ذلك ، [والله أعلم][6] .

❋ ❋ ❋

(١) في (ن) : « وتبعه ابن » .
(٢) أي : ما ذكره النووي .
(٣) من (ن) .
(٤) في (ن) و(ق) : « يسقط » ، والمثبت من (س) .
(٥) في (ن): «أراد».
(٦) من (ن).

كتاب الجزية

فائدة : ما منع الكفار من جزيرة العرب هل هو لشرف البقعة أو لكونها مجمع العرب ؟ فيه خلاف في صور[(١)] :

- **منها** : الطرق الممتدة بين مخالفيها إن علل بشرف البقعة ، منعوا[(٢)] وهو الأظهر عند الغزالي .

- **ومنها** : إلحاق اليمن بجزيرة العرب ؛ حيث قيل[(٣)] : إنه ليس منها[(٤)] إن علل بالاجتماع[(٥)] منعوا منه .

قاعـــدة [١٦٣ق/أ]

« يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء ، وقد يحتمل في الابتداء ما لا يحتمل في الدوام »[(٦)] .

القسم الأول : [فيه صور الأولى : عقد الذمة لا يُعقد مع[(٧)] تهمة الخيانة ، ولو

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٩٨) .

(٢) أي : منعوا أن يفدوا منها .

(٣) في (ن) : « قال » .

(٤) في (ق) : « منه » .

(٥) في (ق) : « بالثاني » .

(٦) راجع هذه القاعدة ونظائرها في : « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٠٨) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٢٧/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٣٨٩/١) ، « قواعد الزركشي » (٣٧٤/٣) ، « شرح القواعد الفقهية » للزرقا رقم (٥٤) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ٢٤٠) .

(٧) في (ق) : « لا ينبذ من » .

اتهمهم بعد العقد لم][1] ينبذ إليهم عهدهم؛ بخلاف الهُدنة[2]، فإنه ينبذ فيها العهد[3] بالتهمة .

- ومنها [وهي الثانية][4] : إذا قلنا : لا تصح هبة العبد الآبق ، فلو أبق الموهوب فهل يمنع رجوع من ملك الرجوع ؟ وجهان ؛ لأن الرجوع نوع نيابة .

- ومنها [وهي الثالثة][5] : قال القاضي في تعليقه في نكاح المشرك : قال أصحابنا : كل امرأة جاز [ابتداء][6] نكاحها[7] في الإسلام جاز للمسلم إمساكها بعقد [١٧٩ن/ب] مضى في الشرك ، وهذا مطرد ، قال : وينعكس إلا في مسألتين ذكرهما البغوي .

الأولى : لو أسلم الزوج وأحرم ثم [أسلمت][8] [أُحِل][9] له إمساكها في حالة الإحرام دون ابتداء النكاح وهو محرم .

الثانية : إذا أسلم الزوج ووطئت المرأة بشبهة ثم أسلمت ، له إمساكها ، وفي الابتداء إذا كانت معتدة عن الغير لا يجوز نكاحها ، وأبطل القفال هذا الاستثناء [وقال][10] : أما مسألة الإحرام فقد فتشنا كتب الإمام الشافعي فما وجدناها

(١) ما بين المعقوفتين من (ق) .
(٢) في (ن) : « المقدمة » .
(٣) في (ن) : « الحد » .
(٤) ما بين المعقوفتين من (ق) .
(٥) ما بين المعقوفتين من (ق) .
(٦) سقطت من (ق) .
(٧) في (ن) : « جاز نكاح ابتداء نكاحها » .
(٨) سقطت من (ن) .
(٩) سقطت من (ق) .
(١٠) من (ك) .

منصوصة ووجدنا ما يدل على خلافها، فإنه نص على أنه لو أسلم وامرأته متخلفة[١] ، فارتد ثم أسلمت [المرأة][٢] قال : إن عاد إلى الإسلام قبل انقضاء عدتها من وقت إسلامه فهما على النكاح ، فما جَوَّز [الإمساك][٣] في حال الردة ، وكذا حال الإحرام .

قال القاضي : ليس هذا كالردة ، فإنها تنافي الرجعة ، والإحرام لا ينافيها ، وهذا فرق الحكم ، والقفال منع رجعة المحرم كما هو أحد الوجهين، وقال في مسألة الموطوءة بشبهة : [إن ذلك يلتبس ؛ لأن عدة الموطوءة بشبهة][٤] لم تجب بعد ؛ لأنها كانت في مدة التربص ، فأشبهت الرجعية إذا وُطئت بالشبهة ، فإن عدة الشبهة [بقيت][٤] دينًا في ذمتها إلى أن تنقضي عدة الزوج، وبيان[٥] مسألتنا : لو حبلت من وطئ الشبهة[٦] ، فحينئذ لو أسلمت لم يكن للزوج إمساكها كالابتداء .

قال القاضي : هذا لا يصح [لأنها][٧] إنما تكون في عدة التربص لو لم تسلم قبل انقضاء عدتها ، فأما [١٦٣ق/ب] إذا أسلمت تبين أن الفرقة ما وقعت بينهما ، وأن عدة الوطء بشبهة تجب عليها من حين الوطء بالشبهة بخلاف الرجعية ؛ لأن بالطلاق تبينا وقوع الفرقة بينهما ، ولهذا لا يجب عليها عدة الوطء بالشبهة في الحال .

---

(١) في (ن) : « مختلعة » .

(٢) من (ق) .

(٣) من (ن) .

(٤) من (ك) .

(٥) في (ن) : « وإن » ، وفي (ق) : « ثوران » .

(٦) أي : « حتى وجبت عليها العدة من وطء الشبهة » .

(٧) سقطت من (ن) .

قال القاضي : إلا أنه يمكنه أن يجيب بأن يقول : قيل : إن أسلمت كنا[١] نعتقد أنها في عدة التربص ، ولهذا لا يجب عليها عدة أخرى في الحال .

الرابعة : لا يجوز للحر نكاح الأمة الكتابية ، ولو أسلم الحربي[٢] فالمشهور أنه لا يجبر زوجته الحربية وتستبرئ، ولو كانت حاملًا ففي استرقاقها وجهان أصحهما : الجواز ، فإن استرقت انفسخ نكاحها ، وقيل : لا ، وإن كان ابتداء نكاحها باطلًا[٣] لوقوع [١٨٠ن/أ] الرق في الدوام .

الخامسة : إذا وجد طول حرة ومعه أمة ، أو أمن العنت فلا يفسخ نكاح الأمة .

السادسة : لو أسلم الحربي واسترقت زوجته بعد الدخول ، فالأظهر : انقطاع النكاح ، والثاني : يتربص إلى انقضاء عدتها[٤] ؛ رجاء زوال الكفر والرق ، فلو زال الكفر دون الرق والزوج [ممن][٥] لا يحل له نكاح الإماء ابتداء فوجهان ، وجه الجواز : القياس على ما إذا أسلم الكافر وتحته أمة وهو موسر فإن[٦] له إمساكها .

السابعة : إذا قلنا : الملك في الوقف للموقوف عليه ، لا تزوج الأمة الموقوفة عليه اتفاقًا ، ولو وقفت زوجته عليه انفسخ النكاح على المذهب ، وقيل : لا[٧] .

الثامنة : الأب لا ينكح أمة ابنه ، ولو اشترى ابنة زوجته ففي الانفساخ وجهان ،

---

(١) في (ن) : « بما » .

(٢) أي : قبل الأسر .

(٣) في (ن) و(ق) : « باطل » .

(٤) في (ق) : « العدة » .

(٥) من (ك) .

(٦) في (ن) و(ق) : « ليس » ، والمثبت من (ك) .

(٧) أي لا ينفسخ ، واستبعد إمام الحرمين هذا الوجه ؛ لأنه ملك تقديري فلا يقوى على قطع دوام النكاح .

الأشبه : الانفساخ ، وقطع بعضهم بمقابله .

قلت : لكن الأصح المنع، بخلاف ما إذا ملك مكاتب[1] زوجة سيده ، فإن الأصح الانفساخ ، وفرق بأن تعلق ملك المكاتب[2] فوق تعلق الأب بمال ابنه، فحدوث ملك المكاتب يقرب من ملك الشخص زوجة نفسه .

- صور أخرى :

الأولى : لو ملك عبدًا له عليه دين ، فهل يسقط الدين ؟ فيه وجهان[3] .

أحدهما : نعم ، كما لا يثبت له على عبده [دين][4] ابتداء ، وأصحهما : لا ، إذ[5] للدوام من القوة ما ليس للابتداء .

الثانية[6] : نكاح المعتدة والمحرمة لا ينعقد ويحتمل طريانه في أثناء[7] النكاح، كما لو اعتدت عن وطء شبهة .

الثالثة : المتيمم إذا رأى الماء في [١٦٤ق/أ] أثناء الصلاة أتمها إن كانت مما يسقط فرضها بالتيمم، وهو مانع في ابتداء الصلاة .

الرابعة : وُجدان الرقبة في صوم الظهار والكفارة والقتل والصوم[8] مانع من ابتداء الصوم دون دوامه، [قاله الشيخ عز الدين][9] .

---

(١) في (ن) : « مكاتبته » .
(٢) أي : تعلق السيد بملك المكاتب .
(٣) في (ق) : « وجهين » .
(٤) من (ن) .
(٥) في (ن) و(ق) : « و » .
(٦) في (ن) و(ق) : « قاعدة » .
(٧) في (ن) : « ابتداء » .
(٨) في (ن) و(ق) : « وكفارة القتل وهو » ، والتصويب من (ك) .
(٩) من (ق) .

الخامسة : [توقيت النكاح مانع في ابتدائه ، دون دوامه][(١)] إذا قال : أنتِ طالق غدًا أو بعد شهر ، خلافًا للإمام مالك .

السادسة : إذا وجد عين ماله عند من أفلس[(٢)] فهو أحق به إذا كان الدين حالًّا ، فلو كان مؤجلًا وحل في أثناء الحول ، فليس له الفسخ على وجه .

السابعة : اشتراط [اجتماع][(٣)] العدد[(٤)] في ابتداء[(٥)] صلاة الجمعة لا شك فيه ، وفي الدوام[(٦)] كذلك على الأظهر ، ووجه مقابله[(٧)] : أن الشيء قد يشترط في الابتداء دون الدوام كالنية في الصلاة وغيرها .

الثامنة [١٨٠ن/ب] : إذا أذنت المرأة لأحد وليين في التزويج من زيد وأذنت لآخر في التزويج من عمرو وجوزناه ، فعقد كل [واحد][(٨)] منهما النكاح ، وأشكل السابق ، ولم يعرفه ، فالنكاحان باطلان لتعذر الإمضاء ؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر ، ولو سبق [واحد][(٩)] معين ثم اشتبه ، وجب التوقف حتى يتبين ، وليس لأحدهما غشيانها[(١٠)] ولا لثالث والحالة هذه ، ومن صورتها[(١١)] تحقق اليأس من التبين .

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ن) : « أسلم » .

(٣) من (ق) .

(٤) أي : اجتماع العدد المشروط .

(٥) في (ق) : « أثناء » .

(٦) يعني : فهل يشترط البقاء حتى لو انفضوا في أثنائها هل تبطل ؟ فيه قولان ، أصحهما : الاشتراط ؛ لأن ما اشترط في الابتداء اشترط في الدوام .

(٧) أي : عدم اشتراط البقاء .

(٨) من (ن) .

(٩) من (ن) .

(١٠) في (ن) و(ق) : « عيانها » ، والمثبت من (ك) .

(١١) في (ن) : « صور » ، وفي (ق) : « صوره » .

التاسعة : إذا أسلم العبد في دوام ملك الكافر لم ينفسخ العقد، ولو كان [مسلمًا][1] في الابتداء لما تصور ملكه بهذا البيع .

العاشرة : ولو أسلم في مفقود[2] عند [المحل][3] لا يصح وفاقًا ، فلو أسلم فيما يؤمن انقطاعه ثم انقطع في محله، ففيه قولان ، [أو وجهان][4] .

قلت : أصحهما : عدم[5] الانفساخ .

الحادية عشرة : النوافل التي يمكن فعلها في السفر الطويل راكبًا وماشيًا ، وفي اشتراط استقبال القبلة في ابتداء الصلاة أوجه ، أصحها : [أنه][6] إن سهل الاستقبال وجب[7] ، وإلا فلا[8] .

إذا عرفت ذلك فدوام [قيام][9] الصلاة لا يجب استقبال القبلة فيها .

الثانية عشرة : جواز رهن ما يتسارع إليه الفساد بشرط [بيعه][10] عند الإشراف قبل حلول الدين المؤجل وجعل ثمنه رهنًا ، فلو اتفقا في غير هذه الصورة في أثناء[11] الرهن على رهن غير المرهون هل لهم ذلك ؟ فيه وجهان وعللوه بذلك .

---

(١) سقطت من (ق) .
(٢) في (ق) : « معقود » .
(٣) سقطت من (ن) .
(٤) من (ق) .
(٥) في (ن) : « نعم » .
(٦) من (ق) .
(٧) كما لو كان عنان الدابة بيده .
(٨) كما لو كان راكبًا في مقطورة .
(٩) من (ن) .
(١٠) سقطت من (ن) .
(١١) في (ن) : « ابتداء » .

الثالثة عشرة : رهن [١٦٤ق/ب] ما يتسارع إليه الفساد لا يجوز بدين مؤجل، ولو رهن غيره ثم طرأ ما يعرضه للفساد لم يفسد .

الرابعة عشرة : لا يصح رهن العبد الجاني إذا تعلق برقبته أرش جناية مالية في الأصح ، ولو جنى المرهون لم ينفسخ ، بل إن عفى المجني عليه استمر ، وإلا فإن فداه السيد فذاك ، وإلا بيع منه ما يؤدي الأرش ، وإن تعلق برقبته قصاص جاز رهنه كما يجوز بيعه ، فلو رهنه ثم عفا المستحق على مال فهل يكون كتعلق[١] الأرش بالابتداء حتى يتبين فساد الرهن ؟ فيه وجهان ، وإن قلنا: يتبين الفساد ، فلو حفر العبد بئرًا فتردى فيها إنسان بعد أن رُهن وتعلق الضمان برقبته ، ففي تبين [١٨١ن/أ] فساد الرهن ، وجهان ؛ لأن الحفر لم يكن سببًا تامًا بخلاف الجناية في الصور السابقة .

الخامسة عشرة : إذا اشترى دارًا ثم انفصل بعضُ بنيانها عن بعض قبل الأخذ بالشفعة[٢] بالانهدام وسقوط الجدران ، فهل يأخذ الشفيع الشقص[٣] ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : نعم ؛ لأن منقوليته عرضت بعد البيع وتعلق حق الشفيع به والاعتبار بحال جريان العقد، ولهذا لو اشتراها وانهدمت يكون النقص للمشتري كما لو كان في الابتداء ، كذلك فأدخل الشقص[٤] في البيع ، فإنه لا يؤخذ بالشفعة .

السادسة عشرة : الإغماء يمنع الاعتكاف[٥] ابتداء ، وإذا طرأ في أثنائه[٦] لا يبطل .

---

(١) في (ن) : « فهل يتعلق » .

(٢) في (ن) و(ق) : « نقص » ، والمثبت من (ك) .

(٣) في (ن) : « النقص » .

(٤) في (ق) : « البعض » ، وفي (ن) : « النقص » .

(٥) في (ن) و(ق) : « الانعقاد » ، والمثبت من (ك) .

(٦) في (ن) : « الإماء » ، وفي (ق) : « الأثناء » .

السابعة عشرة : الضمان والأمانة لا يجتمعان ابتداء على رأي المزني ، فلو رهن المغصوب من الغاصب زال عنه الضمان عنده ، وقد يجتمعان في الدوام فيما لو تعدى المرتهن على[١] الرهن ، فإنه يصير ضامنًا ، ويبقى الرهن بحاله ، فعلى طريقة الجمهور لا فرق في اجتماع الأمانة والضمان بين [الدوام و][٢]الابتداء ، واختلفوا فيما [لو][٣] أودعه عنده[٤] هل يبرأ من الضمان ؟ فمن يبرئه يرى أن[٥] الضمان والتأمين لا يجتمعان ابتداء ، بخلاف الدوام إجماعًا .

الثامنة عشرة : لو جنى [١٦٥ق/أ] العبد المرهون على سيده خطأ لم يثبت له عليه المال [خلافًا لابن سريج ، فلو جنى على وارث السيد ثبت له المال ، فإن مات السيد قبل الاستيفاء فورثه فهل يثبت المال][٦] أو يسقط؟ وجهان ، أحدهما - وينسب للعراقيين -: أنه لا يسقط وله بيعه فيه ، ويحتمل [في][٧] الدوام ما لا يحتمل [في][٨] الابتداء[٩] وشبهوا الخلاف [بالخلاف][١٠] فيما لو استحق له على عبده مالًا فاشتراه هل يسقط؟ ونظير ذلك : ما لو تزوج[١١] العبد بحُرَّة

---

(١) في (ن) و(ق) : « في » .
(٢) من (ك) .
(٣) من (ن) .
(٤) أي : ولم يقبضه أولًا .
(٥) في (ن) : « من » .
(٦) ما بين المعقوفتين من (ك) .
(٧) من (ن) .
(٨) من (ن) .
(٩) والأصح عند الصيدلاني وإمام الحرمين : السقوط .
(١٠) من (ن) .
(١١) في (ن) : « زوج » .

فاشترته[(١)] بعد المسيس ولم تكن قبضت المهر، فإنه ينفسخ النكاح، وهل يسقط المهر؟ فيه وجهان، أصحهما: لا.

واعلم أنه إذا استوى وجود الشيء ابتداء ودوامًا وهو الأصل[(٢)]، فإما على وجه الجزم، نحو قطع نجاسة الماء القليل بطريان الكثرة عليه، وقطع النكاح بطريان الرضاع المحرم، [ووطء أبيه][(٣)] أو ابنه زوجته بشبهة، وبوطئه[(٤)] أمها أو ابنتها بشبهة، وطريان ملك الزوج[(٥)] للزوجة أو بعضها وبالعكس.

وإما على الأصح؛ كطريان الكثير [١٨١ن/ب] على الماء القليل المستعمل وطريان النقاء[(٦)] على المستحاضة في أثناء[(٧)] الصلاة، وطريان[(٨)] الردة على المحرم فيبطل نسكه، [وطريان قصد المعصية على سفر الطاعة وعكسه][(٩)]، وطريان نقصان عدد الجمعة في أثنائها كالانفضاض، وإذا طولب المولي بالفيئة أو بالطلاق، فوطئ ولم ينزع كما غيب بل مكث، فالأصح: لا حد، لأن ابتداءه كان مباحًا.

[**القسم الثاني**: أن لا ينزل منزلة الابتداء، وهذا هو الخارج، وهو أيضًا على ضربين: أحدهما: أن يكون ذلك][(١٠)] جزمًا، وهو قليل مثل طريان الإحرام[(١١)]

---

(١) في (ن): «فاشتراه».
(٢) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (٣١٥/١- ٣١٦).
(٣) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «ووطئه».
(٤) في (ن): «وطء».
(٥) في (ن) و(ق): «الزوجة».
(٦) في (ق): «الشفاء».
(٧) في (ن): «ابتداء».
(٨) في (ق): «على أن».
(٩) ما بين المعقوفتين من (ن).
(١٠) ما بين المعقوفتين من (س).
(١١) في (ن): «على الإحرام».

والردة وعدة[1] الشبهة على النكاح، وطريان الإسلام على السبي، فإنه[2] [لا][3] يزيل الملك، وطريان اليسار، ونكاح الحرة، والأمن من العنت على حر نكح أمة بالشروط، خلافًا للمزني في اليسار ونكاح الحرة، وطريان إباق العبد، فإنه لا يفسخ البيع مع كون الإباق يمنع صحة البيع ابتداء، ولو ابتلت الحنطة المرهونة وتعرضت للفساد لم ينفسخ الرهن، وإن قلنا: رهن[4] ما[5] يتسارع إليه الفساد باطل، ولو رأى المتيمم الماء في أثناء الصلاة أتمها إن كانت مما يسقط فرضها بالتيمم، وهو مانع في الابتداء.

ولو أسلم عبد الكافر لم ينفسخ عقد[6] البيع، بخلاف ما لو كان مسلمًا ابتداء.

وبقي قسم فيه خلاف، والأصح أنه لا يترك وهو أكثر[7] من القسم قبله [كما تقدم][8]؛ كالقدرة على الماء في أثناء الصلاة، ونية التجارة بعد الشراء، وطريان ملك [١٦٥ق/ب] الابن على زوجة الأب[9]، فإنه لا ينفسخ النكاح وإن كان ملك الابن مانعًا[10] من عقد الأب، ومثله إذا تزوج العبد جارية ولده ثم أعتق، وإذا بنى جدارًا مائلًا فسقط ضمن به، بخلاف ما إذا مال[11] بعد أن بناه مستويًا على

---

(١) في (ن) و(ق): « عدم »، والمثبت من (س).

(٢) في (ن) و(ق): « في أنه ».

(٣) من (س).

(٤) في (ن) و(ق): « عروض »، والمثبت من (س).

(٥) في (ن) و(ق): « مالا ».

(٦) في (ن): « عند ».

(٧) في (ن) و(ق): « قسم ».

(٨) من (ن).

(٩) في (ق): « الابن ».

(١٠) في (ن): « مانع ».

(١١) في (ن): « قال »، وفي (ق): « بنى مال ».

الأصح[(١)] ، ولو سفه في الدين دون المال لم يحجر عليه في الأصح ، وإن قلنا : لو قارن ذلك البلوغ لاقتضى دوام الحجر ، ولو جرت قسمة ثم استحق جزءًا شائعًا[(٢)] لم يبطل في[(٣)] غيره على[(٤)] الأصح ، ولو أراد بعض الشركاء في الابتداء أن ينفرد بالقسمة لم يمكن، والقاعدة المشهورة التي أشار إليها الإمام في باب التفليس : « أن ما منع الدوام منع الابتداء » ، واستثنى ابن الرفعة منها :

« [إلا لقرابة][(٥)] تمنع دوام الملك [١٨٢ن/أ] دون ابتدائه » ، وألحق شيخنا[(٦)] بها الجنون ، فإنه [يمنع][(٧)] دوام أجل[(٨)] الدين على قوله ، ولا يمنع ابتداءه على ما قاله الإمام ، ومثله يأتي في الفلس ، وقد يقال[(٩)] : القاطع طريانهما و[أما][(١٠)] القرابة فليست مانعة للملك بل[(١١)] موجبة للعتق ، بدليل قوله ﷺ : « **فيشتريه فيعتقه** » ، فملكه كعتقه[(١٢)] قاطع لا مانع .

---

(١) أي : فلا يضمن ما يتولد عن السقوط في الأصح إن بناه مستويًا وقبل التمكن من الهدم أو الإصلاح .
(٢) في (ق) : « جزء شائع » .
(٣) في (ن) و(ق) : « من » .
(٤) في (ن) : « في » .
(٥) في (ن) و(ق) : « القراءة » ، والمثبت من (س) .
(٦) يعني : تقي الدين السبكي .
(٧) سقطت من (ن) .
(٨) في (ن) و(ق) : « أصل » ، والمثبت من (س) .
(٩) أي : في الجنون والفلس .
(١٠) من (س) .
(١١) في (ق) : « قبل » .
(١٢) أي : فملك القريب كإعتاقه .

ومن ذلك إذا زوج عبده بأمته فلا مهر، وقيل: يجب ثم يسقط.

- **ومنها**: لو وجب القصاص على رجل فورثه ولده، قيل: يجب ثم يسقط [وقيل: لا][1].

- **ومنها**: لو أحرم [ثم][2] زال ملكه عن الصيد على الأصح، ولو اشتراه[3] صح في وجه.

- **ومنها**: لو تكفل ببدن ميت صح، أو حي فمات انقطعت الكفالة في وجه.

- **ومنها**: على وجه لو أحرم مُجامعًا انعقد صحيحًا[4].

ثم لو نزع في الحال صح، وإلا فسد، ولو صدر الجماع في أثناء الإحرام أفسده.

- **ومنها**: إذا أذن لجاريته ثم استولدها، ففي بطلان الإذن خلاف، قال الرافعي: واتفقوا على أنه يجوز أن يأذن [ابتداءً][5] للمستولدة.

وليس من ذلك ما عده بعضهم[6]: ما لو تناديا بالبيع متباعدين، فإنه يصحُّ. قال الإمام: ويحتمل أنه لا يثبت لهما[7] خيار المجلس؛ لأن طريان التفرق قاطع [له][8] كالمقارن يمنع ثبوته[9]، قال: ويحتمل أن يقال: يثبت ما داما في

---

(١) من (ق).

(٢) من (ن).

(٣) أي: مُحرمًا.

(٤) أي: انعقد إحرامه صحيحًا.

(٥) من (ق).

(٦) يعني تقي الدين السبكي.

(٧) في (ن) و(ق): «له».

(٨) من (ن).

(٩) في (ن): «بقربه».

موضعهما ، انتهى .

فعلى هذا اغتفر في الابتداء ما لو وقع في الدوام لم يغتفر كذا قيل ، وليس بجيد ؛ لأن هذا ليس بتفريق بل هو مجلسهما ، والتفرق [١٦٦ق/أ] عندنا[١] الانفصال عن مجلس العقد[٢] .

ويلغز بذلك فيقال : اثنان تعاقدا البيع فثبت لهما خيار المجلس[٣] ، فلما اجتمعا زال ، وليس من ذلك[٤] ما إذا طلع الفجر على الصائم وهو مجامع فنزع صح صومه ، ولو جامع في أثنائه بطل ، فإن المغتفر في الابتداء النزع ، فلم[٥] يحصل به فطر ، وفي الدوام الفطر لا يحصل بالنزع بل بالإيلاج .

وكذا من علق الطلاق على الوطء ، فإن الطلاق يقع أول الإيلاج ، واغتفر الإيلاج ابتداءً للبينونة ولم يغتفر دوامه ، بل يجب النزع ، وقد يقال : الإيلاج لا يصادف [مثله][٦] ، ولذلك التفات على العلة هل هي مع المعلول ؟ ولو قيل به ، فالعلة نفس الإيلاج [١٨٢ن/ب] [لا][٧] ابتداؤه ، [إلا أن يقال : ذات الإيلاج لا ابتداء لها][٧] ولا انتهاء ، وفيه بحث .

---

(١) في (ن) و(ق) : « عدم » ، والمثبت من (س) .

(٢) في (ن) : « عن مجلس الحكم لعقد » .

(٣) وهما متباعدان .

(٤) أي : من قاعدة الباب .

(٥) في (ن) : « فهل » .

(٦) كذا في (ق) ، وفي (ن) : « مطلقة » ، وفي (س) : « طلبه » .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

خاتمة : يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام[١] في مسائل :

الأولى : [ملك][٢] الكافر [العبد][٢] المسلم إذا كان يعتق عليه ، فإن الأصح صحته لمصلحة العتق .

الثانية : إذا مات [لمحرمٍ قريبٌ][٣] وفي ملكه صيدٌ، ورثه المحرم على الأصح، [ثم][٤] يزول ملكه عنه على الفور .

الثالثة : إذا أجر عبده ثم وقفه، فإنه يصح ولا تنفسخ الإجارة، فلو مات المستأجر ورثه المعتق ، فهل يستقر المانع عليه أو[٥] يعود إلى العتق ؟ فيه خلاف ، والأصح في « الروضة » : الثاني .

الرابعة : الوصية بملك الغير، فإن الراجح من « زوائد الروضة » : صحتها [حتى][٦] إذا ملكه بعد ذلك أخذه الموصى له ، ولو أوصى بما يملكه ثم زال الملك فيه كان رجوعًا ، ولو قيل ببقائها على حالها وانتظار العود لكان مستحبًا وأولى بما إذا لم يكن في ملكها .

الخامسة : إذا حلف بالطلاق أنه لا يجامع زوجته ، فإنه لا يمنع من إيلاج الحشفة على [الأصح][٧]، ويمنع من الاستمرار ؛ لأنها صارت أجنبية .

---

(١) « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٣٨٩/١) ، « قواعد الزركشي » (٣٧٢/٣) .

(٢) ما بين المعقوفتين استدراك من « قواعد الزركشي » .

(٣) في (ق) : « المحرم » .

(٤) استدراك من « أشباه السيوطي » .

(٥) في (ق) : « أم » .

(٦) استدراك من « أشباه السيوطي » .

(٧) سقطت من (ق) .

السادسة : إذا وجب القصاص [على رجل][(١)] ثم وُجِدَ[(٢)] سبب إرث الولد له ، فإنه يرثه ثم يسقط ذلك على ما سلف ، كما إذا قتل الأب عتيق زوجته ، فإن القصاص يثبت لها ، [فإذا طلقها][(٣)] ثم ماتت ورثه الابن ثم يسقط .

السابعة : إذا كان عليه دين ، وهو نقد فأتلف رب المال شيئًا للمديون متقومًا بذلك النقد ، [فإن][(٤)] الدين[(٥)] يجب على المتلف ثم يسقط [واللَّه أعلم][(٦)] .

❋ ❋ ❋

(١) سقطت من (ق) .

(٢) في (ق) : « زوجه » .

(٣) من (ق)

(٤) من (ن) .

(٥) كذا في (ن) و(ق) ، وفي « الزركشي » : « القيمة » .

(٦) من (ن) .

كتاب الذبائح والأضاحي[(١)]

قاعدة

« **مناط [حِلِّ]**[(٢)] **أكل الذبيحة هل هو جواز الذبح أو قصد الأكل ؟** »[(٣)] فيه خلاف مطرد في مسائل :

- منها : البهيمة الموطوءة .
- ومنها : الصائلة ، وقيل : يشترط في هذا إصابة المذبح ، وقيل : لا يشترط .

قاعدة

اختلاف الأصحاب في « **أن العبرة [بالحال]**[(٤)] **أو بالمآل** »[(٥)] باب متسع وخلاف مطرد ، فأستعيد فيه مسائل :

الأولى : لو ضحى بأضحية حامل فخرج الولد ، فهل يجب التصدق من كل

---

(١) هذا العنوان من (ن) ، وفي (ق) : « كتاب الذبائح والصيد » .

(٢) من (ك) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٧) .

(٤) سقطت من (ق) .

(٥) ذكر ابن الملقن هذه القاعدة في موضع سابق مقررًا هناك تحقيق ابن السبكي ، وها هو ذا يعيدها مقررًا تحقيق ابن الوكيل ، راجع هذه القاعدة ونظائرها في :
« الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣١٤) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١٠٣/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٣٧٨/١) ، « قواعد ابن رجب » (٦٠٩/٢) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ٢٤٦) .

واحد منهما أو يغني[(١)] أحدهما عن الآخر [١٨٣ن/أ] [١٦٦ق/ب] [أو][(٢)] تغني الأم[(٣)] عن الولد لا العكس؟ فيه أوجه، وتصوير[(٤)] هذه المسألة يعارض ما ذكره الماوردي في «الحاوي»: أن الحمل عيب في الأضحية مانع من إجزائها.

قلت: الأكثرون أيضًا [عليه][(٥)] كما أوضحته في «شرح المنهاج».

الثانية: لو ظن برء الجرح فكشفه فإذا هو لم يبرأ، فالصحيح[(٦)]: أنه لا يبطل تيممه نظرًا إلى ما قبل الكشف، بخلاف ما إذا ظن [وجود الماء][(٧)]، فإنه يبطل تيممه على المذهب، [وفرق الأصحاب بأن طلب الماء واجب][(٨)]، بخلاف طلب البرء، ومنع الإمام عدم وجوب ذلك.

الثالثة: لو صلوا لسواد ظنوه عدوًّا[(٩)]، فبان أن لا عدو قضوا على الصحيح، ومنهم من جعله[(١٠)] على القولين[(١١)].

الرابعة: الغارم إذا كان عليه دين مؤجل هل يعطى؟ فيه خلاف، قطع صاحب

---

(١) في (ق): «أو يعف».

(٢) سقطت من (ن) و(ق).

(٣) في (ق): «إلا عن».

(٤) في (ق): «تصير».

(٥) من (ن).

(٦) في (ق): «فالأصح».

(٧) من (ك).

(٨) ما بين المعقوفتين من (ن).

(٩) أي في صلاة الخوف.

(١٠) في (ق): «خرجه».

(١١) هذا إذا بان عدوًّا ولكن بينهم حائل فطريقان؛ منهم من قطع بوجوب القضاء، ومنهم- كما قال ابن الملقن- من خرجه على القولين.

« البيان » بأنه لا يعطى ، وارتضاه بعض المتأخرين ، ورأي : المكاتب أولى بالإعطاء لتشوف الشارع إلى العتق ، قال :[١] وفيه نظر، ولو عكس وجعل الغارم أولى لم يبعه ؛ لأن الكتابة ليست لازمة من جهة المكاتب ، ومن الأصحاب من فصل بين أن يحل الدين في تلك السنة فيعطى ، وبين أن لا يحل فلا يعطى .

الخامسة : لو استأجر المغصوب حيث لا يرجى برؤه [فبرأ ، أو حيث يرجى برؤه][٢] فلم يبرأ ، وفيهما قولان .

السادسة : لو أوصى المريض في المرض المخوف فبرأ ، صححنا ما زاد على الثلث ولم يحكوا فيه خلافًا ، وأما المتيمم والحائض إذا انقطع دمها وعلمت أنه يعود[٣] وقبله وقت يتسع الصلاة والطهارة[٤] ، فتطهرت وصلت ولم يعد على ندور هل تقضي[٥] وبالعكس ؟ .

السابعة : لو رمى صيدًا فأبان[٦] عضوًا منه ، ثم طلبه الطلب المأمور [به][٧] في الصيد فلم يدركه[٨] حتى مات ، فإنه يحل الحيوان ، وفي ذلك العضو وجهان .

الثامنة : لو نذر معيبة[٩] فزال عيبُها ، ففي إجزائها وجهان ، أصحهما : المنع كعبد الكفارة .

---

(١) يعني : صدر الدين بن الوكيل .

(٢) من (ك) .

(٣) في (ن) و(ق) : « لا يعود » ، والمثبت من (ك) .

(٤) في (ق) : « والصلاة » .

(٥) في (ن) و(ق) : « يعطي » .

(٦) في (ن) و(ق) : « فبان » .

(٧) سقطت من (ن) و(ق) .

(٨) في (ق) : « فلم يدركه الموت » .

(٩) في (ن): « معصية» .

التاسعة : لو أسلم عبدُ الكافر أمر بإزالة الملك عنه ، وهل تجزئ الكتابة ؟ فيه وجهان ، أصحهما : الإجزاء .

العاشرة : إذا اشترى معيبًا ولم يعلم بالعيب حتى زال ، ففي ثبوت الخيار [له][١] وجهان .

الحادية عشرة : [١٨٣ن/ب] لو عين في السلم موضعًا للتسليم فخرب ذلك الموضع ، فأوجه ، أحدها : لا يتعين ذلك الموضع ، ثانيها : [يتعين أقرب المواضع إليه ، والثالث : للمسلم الخيار ، قال البغوي : وحيث قلنا : يتعين الموضع فلا][٢] تتعين البقعة ، بل المراد [المحلة][٣] ، وهكذا الخلاف في الدَّين المؤجل إذا لم يعين موضعًا ، والصحيح اعتبار مكان العقد ، فلو خرب يحتمل [إجراء][٤] الخلاف ، ولم أره منقولًا .

الثانية عشرة : لو أوصى العبد ثم مات وهو عبد بطلت الوصية ، فلو أعتق قبل الموت ، فالصحيح كذلك[٥] ، وكثير من مسائل الوصية مفرعة على هذا الأصل .

الثالثة عشرة : لو عتقت تحت عبد [١٦٧ق/أ] فلم تعلم حتى عتق ففي ثبوت الخيار لها [وجهان][٦] ، الخلاف ، وكثير من مسائل الصداق وزوائده[٧] فروع هذه .

---

(١) من (ن) .

(٢) من (ك) .

(٣) من (ن) .

(٤) من (ن) .

(٥) أي : بطلان الوصية .

(٦) من (ن) .

(٧) في (ن) : « وزوائد » .

الرابعة عشرة : لو وطئ زوجته في العدة من طلاق رجعي أو في انتظار إسلامها بعد أن أسلم الزوج بعد الدخول نص الإمام الشافعي على وجوب المهر في الأولى دون الثانية ، وخرج من [كل][1] واحدة منهما في الأخرى[2] قول ، والصحيح : التقرير[3] .

ويمكن تخريجها على القاعدة[4] ، والفرق على التقرير أن الحل العائد[5] بالإسلام هو الحل الأول ، بدليل[6] اتحاد آثاره[7] ، والحل العائد بالرجعة غير الأول ، بدليل أن الحل الأول يُملكه ثلاث تطليقات ، والحل الثاني يملكه تطليقتين .

الخامسة عشرة : إذا كان في الكفارة موسرًا في إحدى[8] الحالتين معسرًا في الأخرى ، فيعتبر بحالة الوجوب أو حالة الأداء ، أو أغلظهما ؟ فيه أقوال .

السادسة عشرة : إذا أعتقت الأمة المطلقة في أثناء العدة فتعتبر حالة الوجوب فتعتد بقرأين أم لا ؟ فيه أقوال ، أصحها : إن كانت رجعية فتعتد عدة حرة ، وإن كانت بائنًا فعدة أمة .

السابعة عشرة : اختلاف الأحوال في العصمة في الجرح والسراية ، وما بينهما .

---

(١) سقطت من (ن) .

(٢) في (ن) و(ق) : « الأولى » .

(٣) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « التعزير » .

(٤) يقصد : أن وجوب المهر نظرًا إلى الحال ، وعدم وجوبه إذا أسلمت نظرًا إلى المآل .

(٥) في (ن) و(ق) : « المعاقد » .

(٦) في (ن) : « بل » ، وفي (ق) : « على » .

(٧) في (ن) و(ق) : « أمارة » ، والمثبت من (ك) .

(٨) في (ن) و(ق) : « أحد » .

الثامنة عشرة : لو جنى على حربية فأسلمت وأجهضت جنينًا ميتًا هل تجب الغرة ؟ ولو كانت أمة لاثنين فجنيا عليها ثم أعتقاها معًا ، ثم أجهضت [١٨٤ن/أ] فوجهان ، أحدهما : يجب على كل واحد ربع الغرة اعتبارًا بحال الجناية ؛ لأن كل واحد حينئذ مالك للنصف .

والثاني : أنه ينظر إلى حالة الإجهاض فيجب النصف على كل واحد .

ولو جنى على [جنين][1] [ذميين][2] ، فأسلم أحدهما[3] ثم أجهضت [وجبت][4] غرة كاملة ؛ لأن الاعتبار في قدر الضمان بالمآل .

وكذلك تجب الدية كاملة إذا جرح ذميًا فأسلم ثم مات ، وكذا لو جنى على أمة حُبلى فعتقت ثم ماتت .

التاسعة عشرة : ما لو قطع يدي عبد ورجليه ثم صارت الجراحة نفسًا[5] ، فالمذهب وجوب قيمة واحدة ، وقال المزني : قيمتان .

العشرون : إذا اشترى عبدًا له عليه دين ، فهل يسقط الدين [أم لا][6] ؟ فيه وجهان .

قلت : أصحهما : الثاني .

الحادية والعشرون : لو كان لمسلم على حربي دين فاسترق [هل يسقط ؟ فيه وجهان ، وذهب بعض الخلافيين بالقطع بالسقوط ، ورأى أن الرق بعد الحرية كالإحالة .

---

(١) سقطت من (ن) .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : « فأسلمت إحداهما » ، والمثبت من (ك) .

(٤) سقطت من (ن) .

(٥) في (ن) : « نصيبًا » ، وفي (ق) : « معيبًا » ، والمثبت من (ك) .

(٦) من (ن) .

ولو كان لحربي على حربي دين، فاسترق][(١)] ففي[(٢)] « التهذيب » : أنه يسقط الدين بإسلام أحدهما لزوال ملكه، قال: ولو قهر المديون رب الدين سقط؛ لأن الدار دار حرب حتى إذا قهر العبد سيده يصير حرًّا، والسيد عبدًا، ولو كان الدين للثاني[(٣)] فيسقط[(٤)] على الوجهين فيما لو كان له دين على عبد فاشتراه، ولو كان لذمي فبمثله[(٥)] أجاب[(٦)] الإمام، وقال: دين الذمي محترم [١٦٧ق/ب] كأعيان أمواله، وفي « التهذيب » : فيه وجهان.

الثانية والعشرون: لو بلغ الصبي في أثناء يوم رمضان وكان نواه، يلزمه[(٧)] إتمامه على ظاهر المذهب، وفيه وجه، وبه قال ابن سريج: أنه لا يلزمه ويلزمه القضاء، وعلى الأول لا يلزمه القضاء، ولو جامع بعد بلوغه فعليه[(٨)] الكفارة[(٩)].

الثالثة والعشرون: لو أودع المعاهد مالًا ثم نقض العهد والتحق بدار الحرب واسترق ومات.

الرابعة والعشرون: [لو قطع يد ذمي][(١٠)] ثم[(١١)] التحق بدار الحرب

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

(٢) في (ق): « فعن ».

(٣) في (ن) و(ق): « على الثاني »، والمثبت من (ك).

(٤) في (ق): « فسقوط ».

(٥) في (ن): « ولو كان مثلي قيمته »، وفي (ق): « ولو كان مثلي أجاز قيمته »، والمثبت من (ك).

(٦) في (ن) و(ق): « أجاز ».

(٧) في (ق): « ولزمه ».

(٨) في (ق): « عليه ».

(٩) تكررت هذه المسألة في (ق).

(١٠) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): « المعاهد مالًا ثم نقض العهد ».

(١١) في (ن) و(ق): « و ».

[واسترق][1] وسرت الجراحة ومات .

الخامسة والعشرون : إذا التقط مَنْ نصفه حر ، وكان بينه وبين سيده مهايأة ، وقلنا بالأصح ، وهو دخول[2] الأكساب النادرة فيها [١٨٤ن/ب] ، فهل الاعتبار بيوم الالتقاط أو بيوم التملك ؟ الأصح : الأول .

السادسة والعشرون : [إذا][3] التقط عبدًا ثم عتق ، فهل الاعتبار بيوم الالتقاط أو بيوم التملك ؟ فإن قلنا : لا تصح لقطته ، فالأصح أنها للسيد ، وإن قلنا : تصح[4] ، فالأصح أنها للعبد .

السابعة والعشرون : قد علم أنه لا يجوز بيع النجس ، فلو كان ذاته نجسة [في الحال][5] ويمكن تطهيره على وجه ، فهل يصح[6] بيعه في حال النجاسة ؟ فيه وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه جزم جازمون في الثوب النجس لحديث : « **إن كان جامدًا فألقوها وما حولها ، وإن كان ذائبًا فأريقوها** »[7] ، ولو جاز بيعه لما أمر بإراقته وهذا يدل على المنع من غسل الزيت[8] ، ووجه الجواز أن التطهير يمكن في الماء بالمكاثرة ، وفي غيره بالغسل فجاز بيعه قياسًا على الثوب النجس ، وليعلم أن ما

---

(١) من (ك) .
(٢) في (ن) و(ق) : « وجوب » .
(٣) من (ن) .
(٤) في (ق) : « لا تصح » .
(٥) من (ن) .
(٦) في (ق) : « يجوز » .
(٧) أخرجه أبو داود في « السنن » [كتاب الأطعمة- باب في الفأرة تقع في السمن- حديث رقم (٣٨٤٢)] .
(٨) في (ن) و(ق) : « الثوب » ، والمثبت من (ك) .

حكيته في الزيت [هي][1] الطريقة [المشهورة][2] ، وطريقة الغزالي والإمام أنه إن قلنا بإمكان تطهيره جاز بيعه ، وإلا فقولان [مبنيان][3] على جواز الاستصباح .

الثامنة والعشرون : أنه قد يعلم أنه لا يجوز بيع ما لا ينتفع به ، فأما السباع التي لا تصلح للاصطياد ولا للقتال ، والحمار الزمن مثلًا هل[4] يجوز بيعه لتوقع النفع بجلده ؟ فيه وجهان ، أصحهما : لا ، وقد اختلفوا في إلحاق ما في أجنحته [فائدة][5] من الطيور على طريقتين ، فمنهم من رأى تخريجه على الخلاف ، ومنهم من منع ، وفرق بأن الجلود يمكن تطهيرها ولا سبيل للأجنحة[6] .

التاسعة والعشرون : أنه قد علم [أنه][7] لا يجوز بيع ما سقطت منفعته شرعًا كآلات الملاهي والأصنام ، [لكن لو كانت مُرَصَّعة بمال يتوقع الانتفاع به بعد الكسر ، فهل يصح بيعها ؟ فيه ثلاثة أوجه ؛ أصحها- عند الإمام والغزالي والرافعي- الثالث : أنها][8] إن اتخذت من جوهر نفيس صح [١٦٨ق/أ] ؛ لأنها مقصودة في نفسها ، [والأصح][9] الأول قياسًا على الأصنام[10] ، وقد قال ﷺ : « **إن الله حرم**

---

(١) من (ك) .

(٢) من (ن) .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) في (ن) : « فهل » .

(٥) من (ن) .

(٦) أي : لا سبيل إلى تطهيرها .

(٧) من (ن) .

(٨) وقع ما بين المعقوفتين في (ن) و(ق) كذا : « وقيل إن عذر صاحبها ، فالأصح ، وقيل » ، والمثبت من (ك) .

(٩) في (ن) : « والأول » .

(١٠) أي : في منع بيعها .

بيع الخمر [والميتة][١] **والخنزير والأصنام »**[٢] .

الثلاثون : قد علم أنه لا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه ، فلو باع الآبق وقد عرف مكانه وأنه يصل إليه إذا [١٨٥ن/أ] رام الوصول أو باع طيرًا[٣] في دار فيحاء ، أو سمكًا في بئر مسدودة المنافذ ، وكل ما قدر على تسليمه في المآل بعد عسر ففيه وجهان ، أظهرهما عند الرافعي : المنع في السمك والطير ، واستدل له بالنهي عن بيع الغرر[٤] ، ولا يحسن فيه ذلك ، فإنه خارج عن محل النزاع ، فإن الغرض أنه عالم بقدرته على تسليمه ، فإن هذا موثوق[٥] به لا غرر فيه .

وأما مسألة الآبق؛ فالذي استحسنه المتأخرون واقتصروا عليه منهم الرافعي : الصحة ، وحكوا عن غيرهم إطلاق البطلان ، وما أظن أحدًا[٦] حكى ذلك في الثمن[٧] لو كان معدومًا في بلد التبايع موجودًا في غيره .

الحادية والثلاثون : الزيادة المنفصلة الحاصلة في مدة الخيار تسلَّم لمن حكمنا بالملك له حالة الحصول [حتى][٨] آخر الأمر ، فإن اقتضى تفريع أقوال الملك

---

(١) من (ن) .

(٢) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب البيوع- باب بيع الميتة والأصنام- حديث رقم (٢٢٣٦)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب المساقاة- باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام- حديث رقم (١٥٨١)] .

(٣) في (ق) : « أرما » .

(٤) أخرجه مسلم في « الصحيح » [كتاب البيوع- باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر- حديث رقم (١٥١٣)] ، وأبو داود في « السنن » [كتاب البيوع- باب في بيع الغرر- حديث رقم (٣٣٧٦)] .

(٥) في (ن) : « موقوف » .

(٦) في (ن) : « أحد » .

(٧) في (ن) : « السيد » ، وفي (ق) : « البعير » ، والمثبت من (ك) .

(٨) من (ق) .

[الحكم بالملك حالة][(١)] الحصول[(٢)] دون آخر الأمر، أو بالعكس فوجهان منشؤهما[(٣)] تعارض الحال والمآل .

الثانية والثلاثون : [هل يجوز بيع ما ماليَّتُهُ في الحال موجودة دون المآل[(٤)] ، كالمتحتم قتله في قطع الطريق، والظاهر : الصحة .

الثالثة والثلاثون][(٥)] : يشترط أن يكون الثمن معلوم القدر، فلو كان [مجهول][(٦)] القدر في الحال ويمكن معرفته في المآل ، كما إذا قال : بعتك بما باع به فلان فرسه ، أو بزِنَةِ[(٧)] هذه الصنجة [ذهبًا][(٨)] ، أو قال في التولية : ولَّيتك بما اشتريته ، فوجهان ، أصحهما : البطلان ؛ لأنه غرر يسهل[(٩)] اجتنابه ، والثاني : لا ، والثالث : إن حصل العلم قبل التصرف[(١٠)] صح ، وإلا فلا .

الرابعة والثلاثون : قد علم اشتراط العلم بعين المبيع[(١١)] ، فلو كان المبيع[(١٢)]

---

(١) من (ك) .

(٢) في (ق) : « لحصوله » .

(٣) في (ق) : « مبناهما » .

(٤) في (ن) : « الحال » .

(٥) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ن) : « ثوبه » .

(٨) من (ك) .

(٩) في (ن) : « يجوز تسهيل » .

(١٠) في (ن) : « الفرق » ، وفي (ق) : « التفرق » ، والمثبت من (ك) .

(١١) في (ن) و(ق) : « بغير المنع » .

(١٢) في (ن) و(ق) : « المنع » .

معينًا في نفس الأمر ، والمشتري لا يعرف عينه كما لو اختلط عبده بعبيد [غيره][1] والمشتري يرى الجميع ، فقال : بعتك عبدي من هؤلاء، ففيه رأيان حكاهما الرافعي ، ويقرب منه ما وقع لحجة الإسلام [الغزالي في « الفتاوى » : فيما لو رأى ثوبين ثم سرق أحدهما، فاشترى الآخر فلم يدر المسروق منهما ، قال حجة الإسلام][2] : إن تساوت[3] صفتهما [١٦٨ق/ب] وقدرهما وقيمتهما كنصفي كرباس واحد صح العقد ، فإن اشترى [١٨٥ن/ب] معينًا مرئيًا ، وإن اختلف شيء[4] من ذلك خرج على قولي بيع الغائب ؛ [إذ الرؤية السابقة لم تفد العلم بحال المبيع حالة العقد ، فلا أثر لها .

قال الرافعي : وما ذكره يتأيد بأحد الرأيين[5] - يعني في مسألتنا - وصاحب « الاستقصاء »[6] أطلق في شرحه القول بالبطلان من غير نظر إلى تساويهما ، وجعل التخريج على بيع الغائب][7] ليس بشيء .

---

(١) من (ن) .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : « تفاوت » .

(٤) في (ن) و(ق): « شيئًا ».

(٥) وقعت في (ن) : « وما ذكر بيانه أحد العبدين » ، والتصويب من (ك) .

(٦) « الاستقصاء لمذاهب العلماء الفقهاء » وهو شرح لـ« المهذب » في فروع الشافعية لأبي إسحاق الشيرازي- للشيخ الإمام ضياء الدين أبي عمرو عثمان بن عيسى الهذباني المتوفى سنة (٦٤٢هـ) ، وشرحه هذا قريب من عشرين مجلدًا ، لكنه لم يكمله بل وصل فيه إلى كتاب الشهادة ، انظر : « طبقات ابن قاضي شهبة » (١/٣٧٥- رقم ٣٦٠) ، « كشف الظنون » (٢/ ٧٢٨) .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

وأقول : الذي يتجه [في هذه المسألة](١) أن يقال : بالتخريج(٢) إن(٣) عللنا أن العقد لم يجد موردًا(٤) ، يتأثر به(٥) في الحال فيصح هنا ، وإن عللنا بالغرر [الذي](٦) يسهل اجتنابه فلا سبيل(٧) عند اختلافهما في الصفة ، والقدر ، وعند التساوي [فيه](٨) نظر .

الخامسة(٩) والثلاثون : البيضة المَذِرة ، والعناقيد إذا استحالت بواطنها خمرًا هل(١٠) يجوز بيعها لما يتوقع من التحلل والتفرخ أم [لا](١١)، لعدم المنفعة في الحال ؟ وجهان عن القاضي ، والمذهب : المنع .

السادسة والثلاثون : إذا باع جارية حاملًا وأفلس المشتري بالثمن ، والوضع عند الرجوع ، فهل الاعتبار بحال العقد ، فتكون متصلة(١٢) فيأخذها البائع ، أو بالمآل فتكون منفصلة فيأخذها المشتري ؟ فيه خلاف ، [وكذا لو كانت حائلًا عند البيع حاملًا](١٣) عند الرجوع .

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .
(٢) يقصد : بالتخريج : أي على العلتين في اشتراط العلم بعين المبيع .
(٣) في (ق) : « الذي » .
(٤) في (ن) : « مورد » ، وفي (ق) : « مردودًا » .
(٥) في (ن) و(ق) : « وأما قوامه » ، والمثبت من (ك) .
(٦) من (ك) .
(٧) في (ن) : « يسهل » .
(٨) من (ك) .
(٩) في (ق) : « الحادية » .
(١٠) في (ق) : « قيل » .
(١١) سقطت من (ق) .
(١٢) أي : الزيادة .
(١٣) من (ك) .

السابعة والثلاثون : سليم اليد إذا قطع يدًا شلاء ثم شُلَّت يده ، حكى الإمام عن شيخه عن القفال أنه يخرج القصاص على الوجهين[(١)] ، ثم رجع وقطع[(٢)] بالمنع ، وهو الذي رآه الإمام مذهبًا ، وبالآخر أجاب البغوي ، وكذا[(٣)] لو قطع يدًا ناقصة أصبعًا ثم سقطت تلك الأصبع من القاطع .

الثامنة والثلاثون : إذا علق العبد طلاق امرأته بالثلاث على صفة ووجدت حال عتقه هل تطلق طلقتين أو ثلاثًا ؟ فيه وجهان ، أو قولان ، وهما من قاعدة الاعتبار بحال التعليق ، أو حال وجود الصفة ، ومسائلها راجعة إلى هذا الأصل .

التاسعة والثلاثون : الحائض إذا نوت الصوم قبل انقطاع دمها ، صح إن تم في الليل أكثر الحيض ، وكذا قدر[(٤)] العادة في الأصح[(٥)] .

الأربعون : إذا قال لأجنبية : والله لا أطؤك ، فإذا نكحها هل يكون [١٨٦ن/أ] مؤليًا وتُضرب له [المدة][(٦)] ؟ فيه وجهان ، أصحهما : المنع وعدم وقوع مجزوم به .

الحادية والأربعون : إذا وكل إنسانًا في نكاح ابنته[(٧)] ، ثم زوجها الوكيل في

---

(١) في (ن) و(ق) : « وجهين » .

(٢) في (ق) : « ثم قطع ورجع » .

(٣) في (ن) و(ق) : « والآخر أجاز البغوي ذلك » .

(٤) في (ن) : « عذر » .

(٥) وتفصيل هذا الفرع : أن الحائض إذا نوت حال الحيض الصوم ، وغلب على ظنها أنها قبل طلوع الفجر تطهر ، إما لكونها معتادة يتم لها قبل طلوع الفجر أكثر الحيض ، أو معتادة عادتها أكثر الحيض وهو تم بالليل صح صومها ، وإن كانت عادتها دون الأكثر ويتم بالليل فوجهان ؛ الأصح : الصحة .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) في (ن) : « أمته » .

حال إحرام الموكل فهل له ذلك ؟ ظاهر [كلام][1] الغزالي في « الوجيز » إثبات الخلاف ، ولم [يعزه] الرافعي لأحد من الأصحاب .

قلت : وهو موجود كما ذكرته في « شرح المنهاج » وغيره ، وإذا قلنا بعدم الوكالة بإحرام موكله وهو الأصح .

الثانية والأربعون : قرأت بخط ابن الرفعة أنه إذا أبين شعر الأمة [١٦٩ق/أ] وظفرها ثم عتقت ، ففي « فتاوى البغوي » أنه لا ينبغي أن يحرم النظر إليه ، وإن قلنا : المبانُ كالمتصل ؛ لأنه حين الفصل لم يكن عورة ، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل .

قاعـــدة

« **إذا اجتمع حَظر وإباحة غلب جانب الحظر** »[2] إلا في مسائل :

- **منها** : إذا رمى سهمًا إلى طائر في وجه ، ووقع إلى الأرض فمات فإنه يحل ، وكذا لو وقع في بئر ليس فيه ماء ، فإن كان يمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض ؛ لأن ذلك لا بد منه فعفي عنه ، وكذا لو أصاب السهمُ الصيد فوقع على جبل ثم تدحرج إلى أسفل .

- **ومنها** : لو رمى الطير وهو على الماء بسهم ، فأصابه ومات [فيه][3] حل .

- **ومنها** : لو[4] أصاب السهم الأرض أو الحائط فازدلف وأصاب الصيد ونحو ذلك ، فالأصح : الحل .

---

(١) من (ن) .

(٢) « قواعد العلائي » (٦٢٣/٢) ، « قواعد الزركشي » (٣٣٧/١) ، « شرح القواعد الفقهية » للزرقا (رقم : ٢٤٣) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ٢٢٣، ٢٤٢، ٢٥٠) .

(٣) سقطت من (ق) .

(٤) في (ق) : « إذا » .

- **ومنها** : إذا أكل الكلب المعلم من الصيد[(١)] قبل قتله أو بعده عقب العفو، والأصح: التحريم.

- **ومنها** : إذا رمى صيدًا فأصابه ثم غاب عنه ثم وجده ميتًا وليس فيه أثر [غير][(٢)] سهمه، فالأظهر: التحريم أيضًا، وصحح النووي الحلَّ.

* * *

(١) وقعت هذه العبارة في (ق) هكذا: «إذا أكل الكلب الصيد المعلم من الصيد».

(٢) سقطت من (ق).

كتاب النذر

قاعـــدة

«**تنزيل النذر على واجب الشرع أو جائزه**[١] **مع وجوب أصله**»[٢]، فيه خلاف في صور.

قال الإمام: إن هذا الخلاف قولان مأخوذان من [معاني][٣] كلام الإمام الشافعي، وقد رجح العراقيون والروياني وغيره الأول، وهو ظاهر كلام [الإمام][٤] الرافعي فيما حكيته عنه في أثناء هذه القاعدة، [ورجح الإمام والغزالي الثاني، وعبارة الإمام وتبعه الرافعي في هذه القاعدة][٥] [في][٦] أحد القولين: أنه [١٨٦ن/ب] ينزل على أقل واجب، والثاني: على أقل ما يصح من جنسه.

الصورة الأولى:

هل يجمع بين فريضة[٧] ومنذورة بتيمم[٨] واحد؟ فيه وجهان، أو قولان

---

(١) في (ق): «الجائز».

(٢) راجع هذه القاعدة ونظائرها في:
«الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٣٧٤)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٣٥٧/١)، «القواعد» لابن رجب (٣٩٤/٢)، «قواعد الزركشي» (٢٧٠/٣).

(٣) من (ن).

(٤) من (ق).

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من (ق).

(٦) من (ك).

(٧) في (ن): «فرضية».

(٨) في (ن) و(ق): «بقسم»، والمثبت من (ك).

أصحهما: المنع، وكذا الجمع بين منذورتين.

الثانية: هل يصلي على الراحلة؟ والأصح: المنع، وهو نصه في «الأم».

الثالثة: لو نذر صلاة لزمه ركعتان على المنصوص، وقيل: ركعة.

الرابعة: هل يقعد[(١)] فيها القادر على القيام إذا أطاق؟ على الخلاف، فلو نذر أن يصلي قاعدًا جاز القعود قطعًا، ولو نذر ركعة واحدة، وإن صلى[(٢)] قائمًا فهو أفضل، ولو نذر القيام تعين.

الخامسة: لو نذر أربع ركعات فإن نزل [على][(٣)] الواجب أمر بتشهدين، فإن ترك الأول منهما سجد للسهو ولم يجزئه أداؤهن بتسليمتين [وإن نزل على الجائز يخير بين أدائهن بتشهد أو بتشهدين أو بتسليمة أو بتسليمتين][(٤)] وهو الأفضل.

قلت: قال في «الروضة»: الأصح أنه يجوز بتسليمتين، والفرق بين هذه المسألة وباقي المسائل المخرجة على هذا الأصل غلبة وقوع الصلاة مثنى وزيادة فضلها.

السادسة: لو نذر الإمام الاستسقاء لزمه أن يخرج بالناس ويصلي بهم، والواحد من [١٦٩ق/ب] الناس [يلزمه][(٥)] أن يصلي منفردًا ولو[(٦)] نذر بالناس[(٧)] لم ينعقد إذ لا يطيعونه، ولو نذر أن يخطب من قيام[(٨)] لزمه، وهل له أن يخطب قاعدًا مع إمكان

---

(١) في (ق): «ينعقد».

(٢) في (ن): «يصلي».

(٣) سقطت من (ن) و(ق).

(٤) من (ك).

(٥) من (ك).

(٦) في (ن): «وإن».

(٧) أي: وإن نذر أن يستسقي بالناس.

(٨) في (ق): «صيام».

القيام؟ فيه خلاف .

السابعة : هل يجب التبييت في الصوم المنذور؟ على الخلاف .

[**الثامنة** : لو نذر المعضوبُ حجة تطوع ، هل يجوز أن يكون الأجير صبيًّا أو عبدًا؟ فيه الخلاف][١] لكون الأخيرين لا تجوز نيابتهما[٢] في حجة الإسلام ، ويجوز في التطوع إن جوز[٣] فيه النيابة .

التاسعة[٤] : لو نذر هديًا هل يتعين النعم أم[٥] يجوز بالقطعة من اللحم وبالدجاجة ؛ لأنه يتقرب بهما؟ فيه الخلاف ، وفيه نظر .

العاشرة : لو نذر عتق رقبة لزمته سليمة مؤمنة ، وهل تجزئ معيبة ؟ على الخلاف ، صحح الداركي الأول ، والأصح عند الجمهور إجزاء المعيبة ، فلو عين مسلمة[٦] لم يجز بكافرة، أو كافرة أجزأه المسلمة على الصحيح، [لأنها أكمل][٧] .

الحادية عشرة : لو نذر أن يكسو يتيمًا[٨] ، قال الرافعي : نُزِّل على [١٨٧ن/أ] المسلم[٩] ورأى النووي تخريجه على الأصل المذكور .

---

(١) من (ك) .

(٢) في (ن) و(ق): « بناؤهما » .

(٣) في (ن) و(ق) : « يجوز » .

(٤) في (ن) و(ق) : « الثامنة » .

(٥) في (ن) و(ق) : « هل » .

(٦) في (ن) و(ق): « سليمة » .

(٧) من (ن) .

(٨) في (ن) و(ق) : « شيئًا » ، والمثبت من (ك) .

(٩) في (ن) و(ق) : « الكسوة » .

الثانية عشرة : لا يؤذَّنُ للمنذورة(١) قطعًا ، وخرجه مجلي [رحمه اللَّه](٢) على الخلاف ، وغلطه النووي فيه ، وكان السبب فيه أن الأذان حق الوقت على الجديد ، والفريضة على القديم ، فإن الواجب [وإن كان](٣) مرادفًا للفرض(٤) ، لكن [مراده في](٥) القديم بالفريضة [المكتوبة](٦) ، بدليل أنه لا يؤذن لصلاة الجنازة(٧) بل يعلم لها بالصلاة جامعة على وجه رجحه جماعة ، ورجح(٨) آخرون أنه لا يعلم لها بذلك أيضًا .

الثالثة عشرة : لو نذر أن يأتي المسجد الحرام ، إن نزل النذر على واجب الشرع ، لزمه إتيانه بحج أو عمرة ، وإن نزل النذر على جائزه ، وقلنا يلزمه(٩) [فكذلك ، وإن قلنا : لا يلزم](١٠) ، فهو [كما لو نذر](١١) إتيان المسجد الأقصى والمدينة ، وفيه خلاف وتفصيل .

الرابعة عشرة : في جواز الأكل من المنذور وجهان ، والأصح : [أنه](١٢) إن

---

(١) أي للصلاة المنذورة .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ق) : « أن يكون » ، وهي ساقطة من (ن) ، والمثبت من (ك) .

(٤) في (ن) : « فإن الواجب مراد فالفرض » .

(٥) في (ن) و(ق) : « أفراد » .

(٦) من (ن) .

(٧) في (ن) : « الجنائز » .

(٨) في (ن) و(ق) : « ورجحه » .

(٩) أي : يلزم من دخل الإحرام بحج أو عمرة فكذلك .

(١٠) من (ك) .

(١١) في (ن) : « كإنذار » .

(١٢) من (ن) .

كان في معينة فله الأكل، وإن كان في الذمة فلا ، وبقيت[١] صور أخرى :

الأولى : إذا أصبح ممسكًا ولم[٢] ينو فهو متمكن من صوم التطوع، فلو نذر صومه ففي لزوم الوفاء قولان ؛ [لأنه][٣] بناء على الأصل المذكور.

وقال الإمام : « والذي أراه اللزوم [قال][٤] : [فإن][٥] النذر مقيد[٦] بالصوم على هذا الوجه، وموضع القولين حالة الإطلاق » ، ثم حكى [عن][٧] الأصحاب أنه لو قال : عليَّ أن أصلي ركعة واحدة لم يلزمه إلا ركعة ، وأنه لو قال : [عليَّ أن][٨] أصلي كذا قاعدًا يلزمه القيام عند القدرة إذا حملنا النذر على واجب الشرع، وأنهم تكلفوا فرقًا بينهما، قال : «ولا فرق ويجب تنزيلهما على الخلاف»، قال الرافعي : وهو كالخلاف في نذر الصوم نهارًا[٩] .

الثانية : [إذا نذر][١٠] صوم الدهر ثم لزمته[١١] كفارة، قال المتولي : ينبني على

---

(١) في (ق) : « وبقي » .

(٢) في (ق) : « فلا » .

(٣) من (ن) .

(٤) من (ن) .

(٥) من (ق) .

(٦) في (ن) : « يعين » .

(٧) من (ك) .

(٨) سقطت من (ن) و(ق) ، والمثبت من (ك) .

(٩) أي : عند إمكان التطوع به ، فإنه بالإضافة إلى واجب الشرع بمثابة الركعة الواحدة بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة .

(١٠) من (ن) .

(١١) في (ن) و(ق) : « لم تلزمه » .

الأصل المذكور، إن قلنا بالواجب، فلا صوم[١] عن الكفارة، لأنه يصير كالعاجز عن جميع الخصال، وإن قلنا: بالجائز فيصوم عن الكفارة ثم إن لزمته [١٧٠ق/أ] [الكفارة][٢] بسبب هو مختار فيه فعليه الفدية؛ لأنه تارك لصوم النذر بما فعل.

الثالثة: لو نذر أن يصلي ركعتين هل يخرج من النذر بصلاته [أربعًا][٣]، فيه وجهان، قال الرافعي: ويمكن حملها على الأصل المذكور، إن حملناه على الواجب لا [١٨٧ن/ب] تجوز الزيادة، كما لو صلى الصبح أربعًا، وإن حملناه على الجائز جاز.

الرابعة: العبادات المقصودة كالصوم والصلاة تلزم[٤] بالنذر قطعًا[٥]، قال الإمام: وكذا فروض الكفايات التي تحتاج في أدائها إلى بذل مال أو مقاساة مشقة كالجهاد، ويجيء فيها وجه مصرح به في الجهاد: أنها لا تلزم[٦]، وفيما ليس فيه بذل مال ولا كبير مشقة وجهان، أصحهما: المنع[٧][٨]، وذكر المتولي أن

---

(١) في (ق): «يصوم».

(٢) من (ن).

(٣) من (ن).

(٤) في (ن): «لا تلزم»، وفي (ق): «لأنه يلزم»، والمثبت من (ك).

(٥) لأنها عبادة وضعت للتقرب بها وعرف من الشرع الاهتمام بتكليف الخلق بإيقاعها، فتلزم بالنذر.

(٦) في (ن) و(ق): «لأنه لا يلزم».

(٧) في (ن): «اللزوم».

(٨) وأما القربات التي لم توضع لتكون عبادة، وإنما هي أعمال وأخلاق مستحسنة رغب الشرع فيها لعموم فائدتها وقد يبتغى بها وجه الله، فتنال بالثواب كعيادة المرضى وزيارة القادمين وإفشاء السلام، ففي لزومها بالنذر وجهان، والأصح اللزوم، ومنه تجديد الوضوء.

الخلاف في النوعين[١] يخرج على الأصل المذكور إن قلنا : إن مطلق النذر يحمل على أقل ما يتقرب به لزمت القربات كلها بالنذر ، وإن قلنا : [إنه][٢] يحمل على أقل ما يجب بالشرع من جنس الملتزم فيها ، [فما لا يجب جنسه بالشرع لا يجب بالنذر كعيادة المرضى وتشميت العاطس][٣] ، وتشييع الجنازة[٤] .

الخامسة : لو نذر هدي بعير أو بقرة أو شاة فهل يشترط فيه سن الأضحية[٥] وسلامة العضو[٦] ؟ فيه قولان بناء على الأصل المذكور ، قال الرافعي : والظاهر الحمل على أقل واجب من ذلك الجنس .

السادسة : للولي منع السفيه من حج ما ليس بفرض ، فلو نذر قبل الحجر فليس [له منعه منه][٧] ، وإن نذر بعده ، قال في « التتمة » : فهي كالمنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشرع ، وإلا فهي كحجة التطوع .

❋ ❋ ❋

(١) في (ق) : « المنع عين » .
(٢) من (ن) .
(٣) من (ك) .
(٤) في (ق) : « الجنائز » .
(٥) أي : السن التي تجزئ في الأضحية .
(٦) يعني : أن تكون سليمة من العيوب .
(٧) من (ن) .

كتاب الأيمان

قاعـــدة

« كل مكلف حنث في يمينه لزمته الكفارة حرًّا كان أو عبدًا »[١].

قاله الرافعي وعزاه[٢] في « المطلب » : إلى الغزالي وحده، ثم قال : ويطارقه[٣] سؤال فإنه يقتضي اعتبار [التكليف حال][٤] الحنث في إيجاب الكفارة، ولا نعلم خلافًا فيمن حلف على عبده أنه لا يدخل الدار فجُنَّ الحالف ثم دخل العبد الدار، أنه يحنث، كما لو قال لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق، فجن ثم دخلت، ثم لو كان معتبرًا[٥] لكان مُخالفًا لقوله أولَ الباب : « إن سبب وجوب الكفارة اليمين » فإن السبب إذا وجد في حال التكليف [لا يقدح في العمل به وجود شرطه حال][٦] عدم التكليف، [والأصحاب][٦] حكوا قولين أو وجهين في أن الاعتبار في تعلق الطلاق والعتق بحال التعليق كما هو الصحيح أو بحال وجود الصفة، ولم يختلفوا فيما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر، فدخل في حال جنون السيد[٧] أنه

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٣٨)، « قواعد الزركشي » (٣/٣٨٨).

(٢) يعني : ابن الرفعة.

(٣) في (ق) : « ويطرقه ».

(٤) في (ق) : « التعليق فإن ».

(٥) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): « مفتقرًا ».

(٦) من (س).

(٧) في (ق) : « العبد ».

يعتق وستعرفه في [١٨٨ن/أ] التدبير، وما نحن فيه مثله، نعم يتجه ذلك على قول الإمام أبي حنيفة الذي حكيناه وجهًا لبعض الأصحاب أن السبب الحنث، فإذا وجد في حال الجنون أمكن أن لا يؤثر، وكذلك إذا [كان][١] [١٧٠ق/ب] السبب اليمين والحنث، قال: والذي يظهر أنا وإن قلنا بذلك فلا أثر له أيضًا، لأن[٢] إيجاب الكفارة على هذا، من باب الوضع والإجبار كغرامة المتلفات وأروش الجنايات».

قاعـــدة

«تنزيل اللفظ على المعنى الشرعي [قبل][٣] العرفي [في][٤] صور»[٥]:

- **منها**: لو حلف لا يبيع الخمر، فإن أراد أنه [لا][٦] يتلفظ بلفظ العقد مضافًا إلى الخمر، فإذا باعه حنث وإن أطلق لم يحنث في الأصح؛ لأن البيع الشرعي لا يتصور فيها.

- **ومنها**: لو حلف لا يركب دابة العبد، وكانت له دابة باسمه لم يحنث الحالف بركوبها تنزيلًا للإضافة على الملك، كما في الإقرار خلافًا للإمام أبي حنيفة، وعند الإمام أبي حنيفة يحنث بالإضافة العرفية.

---

(١) سقطت من (ن).

(٢) في (ن) و(ق): «في»، والمثبت من (س).

(٣) سقطت من (ن).

(٤) من (ك).

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٢٨).

(٦) سقطت من (ق).

قاعـــدة

«الماهيات الجعلية كالصلاة وغيرها من العقود ليست[١] الصحة والفساد مما يعتورانها وهي باقية ، [بل][٢] حيث وجدت الماهية فهي المعنى بالصحة ، وحيث انتفت[٣] فهو المعني بالفساد»[٤] .

وذهب ذاهبون إلى أنها موضوعة للأعم من الصحيح والفاسد ، حتى بنى[٥] هذا القائل عليه أنه لو نكح العبد بإذن سيده نكاحًا فاسدًا هل [له أن][٦] ينكح به نكاحًا صحيحًا بعده أم لا ؟ والأصح : نعم ؛ لأن الإذن ينزل على الصحيح ، ولما حكى الأئمة فيما لو اختلفا في أن صورة النكاح [صدرت][٧] على وجه فاسد وادعى الآخر أنها جرت على وجه الصحة ، بناه الإمام على النكاح المعترف به[٨] مطلقًا هل يحمل على الصحيح أم يتناول الصحيح والفاسد ؟

والذي اختاره شيخي[٩] حرسه اللَّه : الأول ، واستشهد له بما قاله الإمام الشافعي : أنه لو حلف لا يبيع بيعًا [صحيحًا أو فاسدًا فباع بيعًا صحيحًا أو][١٠]

(١) في (ن) و(ق) : « بسبب » .
(٢) سقطت من (ق) .
(٣) في (ن) و(ق) : « وحيث وجد الثبوت » ، والمثبت من (ك) .
(٤) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص : ٢٨) ، « قواعد العلائي » (٢/٤٨١) .
(٥) في (ن) : « حين بين » ، وفي (ق) : « حتى بين » ، والمثبت من (س) .
(٦) من (ن) .
(٧) من (ن) .
(٨) في (ن) و(ق) : «فيه» .
(٩) يعني : صدر الدين بن المرحل .
(١٠) من (ك) .

فاسدًا لم يحنث أما البيع الصحيح فواضح ؛ لأنه غير محلوف [عليه][1]، وأما الفاسد ، فإن الفساد لا يجامع البيع ؛ إذ البيع لا يكون غير صحيح ، وكذلك نص على أنه لو حلف لا يبيع الخمر لم يحنث بما يقع في بيعها[2] عادة ، انتهى .

[١٨٨ن/ب] وفي هذا الاستشهاد نظر ، واللائق في[3] باب الأيمان الحنث ، وإليه ذهب المزني ، والله أعلم .

فعلى هذا حرف النفي إذا دخل على الماهية الجعلية كحديث : « **لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد** »[4] ، و« **لا صلاة لمن لم يقرأ الفاتحة** »[5] يكون لنفي الماهية ولا حاجة إلى نفي الكمال ولا إلى نفي الصحة ، كذا قيل ، والذي يظهر في هذه القاعدة أن يقال : إن هذه الماهيات يعتورها الصحة والفساد وهي باقية حقيقة عرفية ، وأما كونها حقيقة شرعية [فلا][6] ، مع أن الأصحاب قالوا : فيما لو حلف لا يبيع فباع بيعًا فاسدًا ، أنه لا يحنث ، وبه قال [١٧١ق/أ] الإمام أحمد ، ونزل ألفاظ العقود على الصحة ، وخالف الإمام مالك ، وأبو حنيفة وحكما بالحنث ، ولما ذكر الغزالي عدم الحنث قال : « والفاسد ليس بعقد » هذا في المعاملات ، أما العبادات

---

(١) من (ك) .

(٢) في (ن) و(ق) : « تعلقها » .

(٣) في (ق) : « من » .

(٤) أخرجه الدارقطني في « السنن » [كتاب الصلاة - باب الحث لجار المسجد على الصلاة فيه إلا من عذر - حديث رقم (١)] ، والبيهقي في « الكبرى » [كتاب الصلاة - باب ما جاء من التشديد في ترك الجماعة - حديث (٤٩٤٢)] .

(٥) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الأذان- باب وجوب القراءة للإمام والمأموم- حديث (٧٥٦)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب الصلاة- باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة- حديث رقم (٣٩٤)] .

(٦) سقطت من (ن) و(ق) .

فهي على قسمين أحدهما : الحج ، فإذا حلف عليه حَنَث بالفاسد قطعًا ، فإنه منعقد يجب المضيُّ فيه كالصحيح ، والثاني : ما عداه كما لو حلف لا يصوم ولا يصلي فصام أو صلى فاسدًا ، واقترن الفساد بأول الفعل لم يحنث كالعقود ، وإن طرأ[(١)] الفساد هل يحنث؟ فيه وجهان ، أصحهما ، نعم ، والثاني : لا ، [حتى][(٢)] يركع[(٣)] ، وقد ذكر الإمام المسألة في باب الخلع أيضًا[(٤)] ، واستطرد الكلام إلى أن قال : إذا عقد الرجل نيته[(٥)] على البيع المطلق لم يحنث بالبيع الفاسد .

هذا ظاهر المذهب ، والإمام الشافعي نص في النكاح على أن الفاسد يدخل تحت الاسم المطلق ، وذكر مسألة : « ما لو أذن للعبد في النكاح ، فنكح فاسدًا » ثم ضعفه ، قال : أما جانب الامتناع كقوله : لا أبيع[(٦)] الخمر فباعها ، فالجمهور وظاهر النص على عدم الحنث أيضًا ، إلا أن ينوي التلفظ ببيعها .

تنبيه : هل العقود موضوعة للصحيح فقط أو الأعم من الصحيح والفاسد ؟ فيه قولان ، أصحهما : أولهما[(٧)] ، وعليه خرج ما تقدم .

قلت : ووقع للرافعي[(٨)] في كتاب الأيمان ما نصه -وسيأتي خلافه- في أن لفظ العبادات هل هو موضوع [١٨٩ن/أ] لما هو أعم من الصحيح والفاسد ، أو

---

(١) في (ن) و(ق) : « حكوا » ، والمثبت من (ك) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ق) : « يرجع » .

(٤) في فصل : لو قال : إن أعطيتني هذا فأنت طالق .

(٥) في (ن) و(ق) : « يمينه » .

(٦) في (ن) و(ق) : « ابتع » ، والمثبت من (ك) .

(٧) أي : الأصح أنه لا يتناول إلا الصحيح فقط .

(٨) في (ن) : « في الرافعي » .

يختص بالصحيح؟ ولم نر ذلك في كلامه بعد، فتنبه له.

قاعـــدة

قال الشيخ عز الدين: «**قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب؛ فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة**»[١].

وأما الرافعي فحكى: «التحقيق أن الحال[٢] مختلف باختلاف العرف اضطرابًا واطرادًا، [وبكيفية دلالة اللفظ على المعنى قوة وضعفًا][٣]، فقد يقوى العرف، فيقتضي هجران الوضع -يعني اللغة- وقد يضطرب ويختلف فيؤخذ بمقتضى الوضع وعلى الناظر التأمل والاجتهاد فيما يستعمله».

وقال الغزالي في «وسيطه»: «إذا اختلفا فميل الأصحاب إلى اللفظ، وميل الإمام [إلى][٤] اتباع العرف» وفيها صور:

- **منها**: إذا قال: إن لم تعرِّفيني بعدد الجوز الذي في البيت فأنت طالق، [فقد][٥] قال الأصحاب فيما لو قال: إن لم تذكريني بعدد الجوز الذي في البيت فأنت طالق، أن طريقها أن تذكر [كل][٦] عدد يحتمل أن يكون[٧]، فلا يزال

---

(١) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٣١)، «الأشباه» للسيوطي (١/٢٢٩)، «قواعد ابن عبد السلام» (٢/٢١٩)، «قواعد ابن رجب» (١/٩)، (٢/٥٨٨)، «قواعد الزركشي» (٣/ ١٢١)، «قواعد العلائي» (٢/٤٧٦).

(٢) في (ن): «الخلاف».

(٣) من (ك).

(٤) من (ن).

(٥) من (ق).

(٦) من (ن).

(٧) في (ن) و(ق): «لا يكون».

يجري على لسانها الواحد بعد الآخر، وفي مسألتنا قد قيل يكتفي بذلك.

وقال الغزالي: لا يكفي [١٧١ق/ب] واستبعد الأولى، وحكى الرافعي المستبعد عن الأصحاب، واختيار الغزالي والإمام.

- **ومنها**: إذا قال: إن لم تميزي ما[١] أكلت[٢] فأنت طالق، قال الأصحاب: طريق الخلاص أن تفرقها بحيث[٣] لا يلتقي[٤] منها اثنتان، نعم لو أراد التمييز الذي يحصل به التعيين لا يبرأ من الحنث.

قال الإمام: هذا اللفظ عند الإطلاق يتبادر إلى الفهم منه التعيين، وكان ينبغي أن يحمل اللفظ عليه، فإن أراد مقتضى [وضع][٥] اللغة، فيتبقى تردد في أنه هل يراد ظاهر الإطلاق؟ والأشبه أنه لا يراد، ونقل الرافعي عن أبي زيد أنه قال: لا أدري [على][٦] ما بنى الإمام الشافعي مسائل الأيمان، إن اتبع[٧] اللغة فمن حلف لا يأكل الرؤوس فينبغي أن يحنث بأكل رؤوس الطير والسمك، وإن اتبع العرف فأهل القرى لا يعدون[٨] الخيام بيوتًا، وقد قال الإمام الشافعي: لا فرق بين القروي والبدوي».

ثم قال الرافعي في معرض الجواب عن هذا: «إن الإمام الشافعي [١٨٩ن/ب] يتبع مقتضى اللغة تارة، وذلك عند ظهورها وشمولها[٩] وهو الأصل، وتارة يتبع

---

(١) في (ق): «إن لم تخبريني بما».
(٢) أي: إن لم تميزي نوى ما أكلتُ عن نوى ما أكلتيه.
(٣) في (ن) هنا: «أن».
(٤) في (ن) و(ق): «يكتفي».
(٥) من (ن).
(٦) من (ق).
(٧) في (ن) و(ق): «جميع»، والمثبت من (ك).
(٨) في (ق): «يعرفون».
(٩) في (ن): «ونزولها»، وفي (ق): «وتركوها».

العرف إذا استمر واطرد ، قال بعضهم : وهذا الذي قاله فيه نظر .

وقوله : « عند ظهورها وشمولها » إن أراد بظهورها الظهور في العرف ، فيكون التقدير أنه إذا اتفق الاصطلاح العرفي واللغوي فيعمل به فيما عدا هذا ، فإن المراد بالظهور عدم الاضطراب .

قاعـــدة

الألفاظ المستعملة من الشارع أما الحروف[١] ، فإنا لا نعلم أنه نقل منها شيء ، وفي « نعم » بحث في قاعدة « أن السؤال والجواب هل هو كالمعاد لفظًا »[٢] .

وأما الأسماء فما وضعه الشارع بإزاء[٣] الماهيات الجعلية فذلك معروف ، وليس من غرضنا ، وأما غير ذلك ، فسيأتي بعد الفعل ، أما الفعل فثلاثة أقسام : ماض ، ومضارع ، وأمر ، وما تأخر من الأسماء المتصلة بالأفعال ، وهي ثمانية : [أسماء][٤] المصدرية ، واسم الفاعل ، واسم المفعول ، والصفة المشبهة ،

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٣) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٥١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٢٣٥) .

(٢) « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٣١٧) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/١٥٠) ، « قواعد الزركشي » (٢/٢١٤) ، « شرح القواعد الفقهية » للزرقا (رقم : ٦٥) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ١٥٣) ، وفي معنى هذه القاعدة يقول الشيخ الزرقا في « شرح القواعد الفقهية » (ص : ٣٣٥) : « السؤال معاد في الجواب ، فلو قيل لآخر : طلقت امرأتك ؟ أو على لفلان عليك كذا- إشارة لدين سماه- ؟ أو هل أوصيت بكذا ؟ أو هل بعت الشيء الفلاني من فلان ؟ أو هل آجرته دارك مثلًا ؟ أو قتلت فلانًا ؟ فقال مجيبًا بنعم ، فإنه يكون مقرًّا بما سئل عنه ..» .

(٣) في (ن) و(ق) : « بأن » .

(٤) من (ن) .

واسم التفضيل[١]، واسم الزمان، واسم المكان، واسم الآلة، وأما[٢] الفعل المضارع فلم يستعمل في الشرعيات في شيء أصلًا إلا لفظة أشهد في الشهادة، فإنها تعينت، ولم يقم غيرها مقامها، [وكذلك][٣] في اللعان[٤]، سواء قلنا إنه يمين أو شهادة، أو فيه شائبة من هذا أو ذاك[٥]، ويجوز في اليمين في: أقسم بالله، وأشهد، ولا يتعين فيها، ولا مدخل [له][٦] في الإنشاءات.

وأما الفعل الماضي فيعمل به[٧] في الإنشاءات [والعقود ما خلا الأخيرين، وهما الشهادة، واللعان، فمن الإنشاءات][٨] التي يُعمل به[٩] فيها: العقود والطلاق.

وأما فعل الأمر: فهو مسألة الإيجاب والاستحباب في العقود كلها، والطلاق، وكذا في كل موضع يعمل [١٧٢ق/أ] بالفعل الماضي على الصحيح.

وأما اسم الفاعل ففي الطلاق بلا خلاف في قوله: أنت مطلقة أو أنت طالق، ويتجه مثله[١٠] في: « أنت معتقة » ويعمل به في الضمان.

---

(١) في (ن) و(ق) : « واسم الفعل ».

(٢) في (ن) و(ق) : « واسم ».

(٣) سقطت من (ن).

(٤) في (ن) : « اللغات ».

(٥) وفي (ك) : « أو أحدهما فيه مباينة من الآخر ».

(٦) من (ن).

(٧) في (ق) : « فيه ».

(٨) من « ك ».

(٩) في (ن) و(ق) : « بها ».

(١٠) في (ن) : « مسألة ».

وأما اسم المفعول فيستعمل في الطلاق والعتق والوكالة ويقرب من هذا : أنت حرام وأنت حر ، وأنت علي كظهر أمي .

وأما المصدر : فقد استعمل في الطلاق في قوله : « أنتِ الطلاق » ، وهل هو صريح [١٩٠ن/أ] أو كناية ؟ فيه خلاف .

قلت : الأصح : الثاني ، ولا يبعد جريان مثل ذلك في العتق ، وفي الضمان ذكروا في صيغة : أنا ضامن وكفيل وحميل ، وفي : « قبيل » وجه : أنه ليس بصريح .

قال الرافعي : ويطرد في « الحميل » وما ليس بمشهور في العقد .

[**فصل** :] قول الأصوليين إن كلام الشارع يحمل على معناه الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي ثم الحقيقي ثم المجازي[١] نظيره من الفقه[٢] : أن الاعتبار في التقدير في المقدر في باب الربا بعصره[٣] ﷺ ، فما كان مكيلًا تعين كيله ، وما كان موزونًا تعين وزنه ، وما جهل أمره الاعتبار فيه بالعرف على أشبه الأوجه الخمسة .

واختلفوا في هذا العرف، فالأحسن أنه عرف بلد البيع[٤]، وقيل : أكثر البلاد[٥] ، وقد مر في أثناء قاعدة [في][٦] أول كتاب الطهارة من هذا المجموع

---

(١) انظر : « أصول السرخسي » (ص : ١٣٤) ، « المستصفى » للغزالي (ص : ١٨١) ، « الإبهاج » للسبكي (٢٧٤/١) ، « الإحكام » للآمدي (٤٥/١) ، « شرح تنقيح الفصول » للقرافي (ص : ٤٠) ، « نهاية السول » للإسنوي (٢٤٢/١) ، « إرشاد الفحول » (١٣٦/١)

(٢) في (ن) و(ق) : « العقد » .

(٣) في (ق) : « نصه »، وفي (ن): «بصره»، والمثبت من (ك) .

(٤) وهو ترجيح أبي إسحاق الشيرازي ، والبغوي .

(٥) وهو ترجيح الشيخ أبي حامد .

(٦) من (ن) .

كثير مما يتعلق بما نحن فيه، ولنستحضر[١] في[٢] هذا المقام المواضع الكثيرة من باب الأيمان فيما مبناه[٣] على العرف، حتى قيل: مبنى الباب على ذلك ولا حاجة إلى سرد ذلك.

والحاصل: أن في الفقه مواضع يرجع فيها إلى العرف جزمًا ومواضع يختلف فيها.

- **منها**: التفرق القاطع لخيار المجلس، حيث رجع فيه إلى العرف بلا شك، قالوا: لأنه ليس [له][٤] في الشرع ولا في اللغة حَدٌّ فيرجع فيه إلى العرف، وهذا غير ما حكيته الآن[٥] عن أهل الأصول.

- **منها**: ما لحظ[٦] في ضابط العيب المثبت للخيار من أنه الوصف المذموم الذي يقتضي العرف سلامة المبيع منه غالبًا، ويخرج من هذا الضابط الوجه الذي حكاه بعض المتأخرين في «شرحه للتنبيه»: أنه إذا وجد الجارية صائمة ثبت له الخيار، قد حكاه الرافعي، وقال النووي في أصل الروضة: إنه وجه[٧] باطل.

- **ومنها**: ضابط المحقرات يُرجع فيها إلى العرف إذا جوزنا المعاطاة فيها، وحكى الرافعي عن والده أو غيره- الشك منه- أنه يضبط بما دون نصاب السرقة.

- **ومنها**: قدر القليل من الدم [المعفو عنه][٨] وطين الشارع.

---

(١) في (ن) و(ق): «وأستحضر».
(٢) في (ق): «من».
(٣) في (ق): «بنيناه».
(٤) من (ن).
(٥) في (ق): «إلا».
(٦) في (ن) و(ق): «يحط»، والمثبت من (ك).
(٧) في (ق): «أصل».
(٨) من (ن).

- **ومنها** : في ضابط القليل والكثير في الصلاة على رأي .

- **ومنها** : حد اليسار [١٧٢ق/ب] والتوسط[١] في حمل العقل[٢] [١٩٠ن/ب] على ما رواه البغوي .

- **ومنها** : الكفاءة في النكاح .

- **ومنها** : كون الكيل[٣] لا يبلغ[٤] ما يتغابن الناس بمثله .

قلت : ومنها : الفرق بين المخالط والمجاور على وجه حكاه في « الكفاية » أيضًا في مسائل كثيرة[٥] :

- **منها** : الضَّبَّة الكبيرة ، المختار الرجوع فيها إلى العرف ، والمشهور : [أن][٦] الكبيرة جزء كامل من أجزاء الإناء ، وقيل : ما يلوح للناظر من[٧] بعد ، والتحقيق أن ذلك غير شافٍ[٨] .

قلت : وقيل : إن الكبيرة نصاب السرقة ، كما ذكرته في « شرح المنهاج » ، وهو غريب .

- **ومنها** : اللحية الخفيفة ، قيل : يرجع فيها في خفتها إلى العرف ، ورجحوا

---

(١) في (ق) : « والتربط » .

(٢) في (ن) و(ق) : « العقد » ، والمثبت من (ك) ، والمقصود بالعقل: دية العاقلة .

(٣) في (ن) و(ق) : « الوكيل » .

(٤) في (ن) : « يبيع » .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٤١) .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) في (ن) : « على » .

(٨) في (ن) : « متأخر » .

أنها التي تُرى بشرتها(١) عند التخاطب ، وقيل : ما وصل(٢) [الماء](٣) إلى منبتها بلا مبالغة .

- **ومنها** : أن العرف [كما](٤) يتبع [في](٥) الأحكام والأسماء يتبع في النقد ، وحكى أبو منصور عن عمه ابن الصباغ أنه قال في « الكامل » : « وإذا قال : بعتك هذه العين بعشرة أثواب ، وأطلق وكان [له](٦) عرف فيصرف إليه كالنقدين » ، وفي اتباعه في المسابقة بين الموقف والهدف ، وفي ارتفاعه من الأرض خلاف ، وإذا كان للرماة عادة في حَدِّ(٧) القذف(٨) فلا خلاف في تنزيل اللفظ المطلق عليها كما في النقد في المعاملات(٩)، وفي [وجوب الثواب في هبة](١٠) الأدنى من الأعلى قولان في الجديد، رجح المشايخ أبو محمد [و](١١) الروياني الوجوب ، وخالف الجمهور، والثواب : قدر قيمة الموهوب ، وقيل : ما [يكون](١٢) ثواب مثله عادة، وفي هبة المتساويين [خلاف](١٣) الأصح : القطع بعدم الوجوب .

---

(١) وقعت في (ن) و(ق) : « أنها التي تستوي يسير منها » ، والمثبت من (ك) .
(٢) في (ق) : « يوصل » .
(٣) من (ن) .
(٤) من (ك).
(٥) سقطت من (ن) و(ق) .
(٦) من (ن) .
(٧) في (ن): «حق».
(٨) في (ن) : « القرب » .
(٩) في (ن) : « المقابلات » .
(١٠) من (ك) .
(١١) سقطت من (ق) .
(١٢) من (ك).
(١٣) من (ق) .

وإذا صرح بشرط الثواب فكافأه بما دون المشروط ، وقلنا : إنه هبة فوجهان في الإجبار على القبول ؛ لأن العادة فيه المسامحة .

قلت : الأصح أو الصحيح : لا يجب كما ذكره في « الروضة » من زوائده .

- **ومنها** : في « فتاوى القفال » : أنه لو أعطاه درهمًا وقال : ادخل بهذا الدرهم الحمام ، إن قاله تبسطًا على المعتاد فله صرفه في غيره ، وإن كان ذلك لوسخ رآه فلا .

قلت : في « فتاوى القاضي » : احتمال وجه إجزائه لا يتعين، وفرع عليه ما ذكرته عنه في « شرح المنهاج » فراجعه ، وقد ذكرت فيه[1] فروعًا أخرى مهمة متعلقة [١٩١ن/أ] بذلك فراجعها منه ، ومثله الكفن ، وهي ما إذا قال : خذ هذا الكفن ، كفن فيه مورثك .

وفي مسألة ظرف الهدية ، وما إذا بعث كتابًا إلى غائب أو حاضر هل يملك المكتوب إليه، والكل موضح[2] في الشرح المذكور في باب الهبة مفرقًا فراجعه منه .

- **ومنها** : مسألة الغسال ، الأصح : أنه لا يتعين ولا يستحق الأجرة إذا لم يسم له أجرة ، فيقال [١٧٣ق/أ] على هذا استحقاق المال هل يكفي بالعرف فيه .

- **ومنها** : إذا قالت زوجني وسكتت[3] عن المهر ، ففعل ولم يذكر المهر فهل يكون تفويضًا صحيحًا ؟ فيه خلاف ، الأصح : ما قاله الإمام : المنع فعلى هذا ينعقد ابتداء بمهر المثل .

---

(١) في (ق) : « عنه » .

(٢) في (ن) : « موضوع » .

(٣) في (ن) : « إذا قال زوجني وسكت » .

- **ومنها** : لو جرى الخلع بلا ذكر مال ، فهل يكون مطلقةً على استحقاق المال حتى يجب مهر المثل؟ فيه وجهان ، أصحهما : لا [لعدم ذكره ، والأصح : الوجوب][1] لاقتضاء العرف ذلك ، ووقع في كلام القاضي والإمام [و][2]الغزالي تنظير هذا الخلاف بما لو ساقاه أو قارضه ليتَّجر [ولم][3] يذكر مالًا ، هل يستحق عند العمل أم لا ؟ [ونظر الفوراني أيضًا بقوله : بعتك ، ولم يذكر ثمنًا ، وهذا لا][4] يستقيم ؛ فإنه لا يمكن القول هناك بوجوب مال أصلًا ، بل لا ينعقد ، نعم لو قال : بعتك بلا ثمن هل ينعقد هبة نظرًا إلى معنى اللفظ ؟ وفيه خلاف لا يتعلق بما نحن فيه .

قاعـــدة

التخصيص بالعرف الشرعي في مسائل[5] :

- **منها** : لو حلف لا يصلي ، حنث بالصلاة الشرعية دون اللغوية التي هي الدعاء، والصلاة[6] الفاسدة ، لأنها ليست صلاة حتى تُوصف بالفساد ، وهو مبني

---

(١) من (ك) .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) من (ك) .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٩) ، وانظر : « البرهان » للجويني (٣٢٧/١) ، « الأصول » للسرخسي (ص : ١٠١) ، « المستصفى » للغزالي (ص : ٢٤٥) ، « الإحكام » للآمدي (٣٥٠/٢) ، « الإبهاج » للسبكي (١٢١/٢) ، « شرح تنقيح الفصول » للقرافي (ص : ١٥٩) ، « شرح البدخشي على الإسنوي » (٤٢٩/٢) ، « إرشاد الفحول » (٦٢٦/٢) ، « قواعد ابن رجب » (٥٦٦/٢) ، (٥٥٧/٢) .

(٦) في (ق) : « للصلاة » .

على ما تقدم من الماهيات الجعلية هل تبقى[١] عندما يعتورها الفساد والصحة ؟ ولكن متى يحنث ؟ فيه أوجه : **أحدها** : بالتحريم بها ، **وثانيها** : لا يحنث حتى يأتي بالركوع .

وثالثها : لا يحنث حتى يفرغ منها[٢] ، وهذا هو المتضح .

قلت : لكن أصحها أولها ، فلو فسدت بعد الشروع [فلا][٣] حنث وعلى الأول [هو حانث ، وعلى][٤] الثاني [إن كان الفساد بعد الركوع حنث وإلا فلا ، ثم هذان القائلان][٤] [قد][٥] حنثاه بهذه الصلاة [الفاسدة][٦] ، فينبغي أن يحنثاه بكل صلاة فاسدة ، سواء قارنها الفساد أو طرأ عليها إن نظر إلى المعنى العرفي ، وإن نظر إلى المعنى الشرعي فلا يمكن الحنث ، وقضية قاعدة الأيمان تقتضي الجزم [١٩١ن/ب] بالحنث مطلقًا ، سواء اقترن[٧] الفساد أو طرأ كما فعل في بعض المسائل، وأما لو حلف لا يصوم فهل يحنث بصباحه صائمًا [أو بنية التطوع ضحى أو بعد][٨] الإتمام ؟ فيه الخلاف .

- **ومنها** : لو حلف لا يبيع مثلًا أو لا يهب ، فباع أو وهب فاسدًا لم يحنث وينزل على الصحيح ، وكذا من أقر بعقد ينزل على صحيحه ، وعن الإمام أبي حنيفة

---

(١) في (ن) : « تيقن » ، وفي (ق) : « يتعين » ، والمثبت من (ك) .
(٢) لأنها قد تفسد قبل التمام فيخرج عن أن يكون مصليًا .
(٣) سقطت من (ن) و(ق) .
(٤) من (ك) .
(٥) من (ن) .
(٦) من (ن) .
(٧) في (ق) : « قارن » .
(٨) تكررت هذه العبارة في (ن) بعد قوله : « سواء اقترن الفساد أو طرأ » .

والإمام مالك : أنه يحنث بالفاسد كما يحنث بالصحيح ، وهو قضية قاعدتنا في باب الأيمان كما تقدم[١] .

ولو حلف لا يبيع الخمر أو المستولدة مثلًا ثم أتى بصورة البيع ، فإن قصد أنه لا يتلفظ بلفظ العقد فقد تقدم كُلُّه في القاعدة الثانية من هذا الباب .

- و [**منها**][٢] : لو حلف لا يدخل حانوت فلان ، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه وهو ملك غيره ، [قال][٣] الروياني : لا يحنث ،وحكاه عن النص قال : والفتوى أنه يحنث .

ومثار النظر[٤] في هذه المسائل هل هي حقيقة في الملك أم ذلك في أسماء الأعيان أو الاختصاص ؟ فيه خلاف بين أئمة الأصول ، ورجح بعض المتأخرين الأخير معتمدًا على الطريقة المشهورة من أن جعله حقيقة في القدر المشترك [أولى ، دفعًا للاشتراك][٥] والمجاز .

خاتمة : والأصل في الإطلاق الحقيقة[٦] ، وقد يُصرف إلى المجاز بالنية كما إذا قال : [لا أدخل دار زيد ، وقال : أردت ما يسكنه دون ما يملكه][٧] فيقبل في

---

(١) تكرر هذا الفرع في (ق) .

(٢) من (ن) .

(٣) سقطت من (ق) .

(٤) في (ن) : « الظن » .

(٥) من (ك) .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٤٠- ٤١) ، وانظر : « قواعد العلائي » (٢/٤٤٨) ، « الإبهاج في شرح المنهاج » للسبكي (١/٣١٧) ، « شرح القواعد الفقهية » للزرقا (رقم : ٦٠) ، « قواعد الندوي » (ص : ٤٥٩) .

(٧) من (ك) .

الحلف بالله تعالى، ولا يقبل في الحلف بالطلاق والعتاق[١]، وذكره ابن الصباغ وغيره، [وهو][٢] نظير ما لو حلف لا يركب دابة العبد وقد تقدمت، ولكن جاءت في معرض الاستطراد.

وقد يكون المجاز راجحًا والحقيقة مرجوحة وفي تعادلهما أو ترجيح أحدهما خلاف أصولي[٣]، وأما الفقهاء فقالوا: من حلف لا يأكل من هذه الشجرة حمل على الأكل من ثمرها دون الأوراق والأغصان، وجعلوا أن المجاز هنا راجحًا، والحقيقة بعيدة.

قالوا: ولو كانت الحقيقة راجحة حملت اليمين عليها، كما لو قال: لا آكل من هذه الشاة، فإنه يحمل على الأكل من لحمها دون لبنها ولحم نتاجها.

فرع: قد يصرف اللفظ من حقيقته إلى مجازه لقرينة في مثل ما [١٩٢ن/أ] لو رهنه الخريطة ولم يتعرض لما فيها، والخريطة لا يقصد [رهنها][٤] في مثل هذا الدين[٥]، فهل يجعل رهنًا [لما][٦] في الخريطة، وإن كان مجازًا للقرينة الحالية[٧]؟ فيه وجهان.

---

(١) في (ق): «والطلاق».

(٢) من (ن).

(٣) انظر: «الأصول» للسرخسي (ص: ١٤٥)، «المستصفى» للغزالي (ص: ١٩٠)، «الإحكام» للآمدي (٤٥/١)، «الإبهاج» للسبكي (٣١٧/١)، «شرح البدخشي على نهاية السول» (٢٧٩/١)، «إرشاد الفحول» (١٦٠/١).

(٤) من (ك).

(٥) في (ن) و(ق): «الرهن».

(٦) سقطت من (ق).

(٧) في (ن) و(ق): «الجارية»، والمثبت من (ك).

[قاعــدة]

«ما كان صريحًا في باب ووجد نفاذًا في موضوعه[(١)] لم يكن كناية في غيره، وما لا فكناية في غيره»[(٢)]، والأول جارٍ على هذه القاعدة؛ لأن الأصل في الإطلاق[(٣)] الحقيقة، وأن الحمل على الحقيقة الشرعية مقدم، لكن خرج عنه مسألتان، **الأولى**: إذا أحال بلفظ الحوالة ثم قال: أردت الوكالة، فقال ابن سريج بوفاء القاعدة[(٤)]، وخالفه الأكثرون، فقالوا: يقبل لأنه أعرف بنيته، وفيه نظر، ويلزم مثله في كل صريح؛ [إذ يجيء][(٥)] مطلقه خلاف ظاهره.

الثانية: إذا اشترى المبيع من البائع بعد قبضه ولزوم العقد ونويا جميعًا الإقالة، فلا كلام إن قلنا هي بيع، وإن قلنا: فسخ، فقولان.

أحدهما: أنه إقالة، والثاني: [أنه][(٦)] فسخ بيع، وفي القول الأول إلا كان[(٧)] الثاني، وعلى القولين يتفرع تجدد الشفعة فيه ثانيًا، وكذلك ما يترتب على البيع من خيار المجلس ونحوه [١٧٤ق/أ]، والطرف الثاني من القاعدة المذكورة جارٍ في غالب [مواضع][(٨)] الكنايات، وفيما إذا قال لأمته: أنت علي كظهر أمي ونوى

---

(١) في (ق): « موضعه ».
(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٢٤٩)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٥٦٤)، « قواعد الزركشي » (٢/٣١١) (٣/١٤٦).
(٣) في (ن) و(ق): « الطلاق ».
(٤) أي: لا يقبل.
(٥) في (ن): « أعني ».
(٦) من (ق).
(٧) كذا في (ن) و(ق).
(٨) من (ن).

العتق ،وجه أنها لا تعتق بذلك ؛ لأن هذا اللفظ [لما][1] لم يزل الملك [لم يصلح][2] كناية في العتق والأصح نفوذه به ؛ لأن الظهار لا ينفذ في الأمة فيصح جعله كناية في العتق ، بخلاف الطلاق والظهار في الزوجة إذا نوى بكل منهما الآخر ، فإنه لا يصح جعله فيه كناية ، لأنه[3] صريح في بابه .

قاعـــدة

الخلاف الأصولي في أن العام هل يشمل الصور النادرة[4] ؟

لا يتبين دخوله في كلام اللَّه تعالى لعلمه بذلك النادر، وإنما يتبين في كلام الآدميين؛ لأن التخصيص على سبيل الحقيقة إرادة صاحب الكلام ، فقد[5] لا يمر النادر بالبال، ولا يراد بالإطلاق التعميم كما لا يراد بالتخصيص، ويظهر مجيء الخلاف في كلام اللَّه تعالى لا للمعنى الذي ذُكر ؛ لأن العرب لا يمر ببالها لندرتها ، وللخلاف نظائر فقهية :

- **منها** : المسابقة على الفيل [١٩٢ن/ب] وفيه وجهان ، ينظر في أحدهما في عموم الحديث في ذي الخف والحافر[6] ، وهو ذو خف لكنه نادر بالنسبة إلى الصحابة ، وهم المخاطبون .

---

(١) من (ق) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ن) و(ق): «لا».

(٤) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٦٥) ، «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١٢٥/٢) .

(٥) في (ق) : « فعله » .

(٦) يعني قوله ﷺ: «**لا سبقَ إلا في خُفٍّ أو حافرٍ أو نَصْلٍ**» ، أخرجه أبو داود في « السنن » [كتاب الجهاد- باب في السبق- حديث رقم (٢٥٧٤)] ، وغيره .

قلت : والأصح: الجواز .

– **ومنها** : ما ذكره الإمام في « الأيمان » : أنه إذا حَلف لا يأكل اللحم فأكل لحم الميتة ، فيه وجهان ، القياس : أنه يحنث ، فإن اسم اللحم يطلق في[١] حقيقة اللسان على لحم الميتة لإطلاقه على المُذَكَّىٰ ، ووجه عدم الحنث أنه لا يعين[٢] ولا يقصد ، ومطلق الألفاظ ينصرف إلى المقصود الذي يخطر باللافظ[٣] ، قال : وهذا يلتفت إلى الأصل الممهد المتعلق بحقيقة اللسان أو عرف اللافظ[٤] ، وحكى وجهين في حنث الحالف أنه لا يأكل الميتة فأكل السمك .

قلت : [و][٥] الأقوى في « الروضة » في الأولى عدم الحنث ، والأصح فيها وفي الرافعي أيضًا وفي الثانية .

– **ومنها** : مس الذكر المبان ، هل ينقض [الوضوء][٦] نظرًا إلى عموم اللفظ[٧] وهو الأصح ، والثاني : لا ، نظرًا إلى الندرة .

– **ومنها** : لو قال في التشهد : اللهم ارزقني جارية حسناء ، صحت صلاته على الصحيح لإطلاقه : « **وليتخير من المسألة ما شاء** »[٨] خلافًا للجويني .

---

(١) في (ن) : « على » .

(٢) في (ق) : « معنى » .

(٣) في (ق) : « باللفظ » .

(٤) في (ق) : « اللفظ » .

(٥) من (ق) .

(٦) من (ن) .

(٧) أي : عموم لفظه ﷺ : « **من مس ذكره فليتوضأ** » .
أخرجه أبو داود في « السنن » [كتاب الطهارة– باب الوضوء من مس الذكر– حديث رقم (١٨١)] وغيره .

(٨) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب الأذان– باب ما يتخير من الدعاء بعد التشهد وليس =

- **ومنها** : قوله ﷺ : « **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا** »[(١)] فلو تصاحبا فوق ثلاثة أيام فالصحيح : ثبوت الخيار ، وقيل[(٢)] : انقطع عند الثلاث .

- **ومنها** : الأكساب النادرة كالهبة[(٣)] والالتقاط [هل][(٤)] تدخل في المهايأة مع [العبد][(٥)] المبعَّض ، [الصحيح :][(٦)] أنها لا تدخل ؛ إذ لا تقصد بالوصية ، وميل العراقيين وغيرهم في باب زكاة الفطر إلى أن النادر لا يدخل في المهايأة ، وفي كتاب اللقطة الأصح باتفاق [١٧٤ق/ب] الكل : الدخول ، قاله الرافعي ، وقد سلف في قاعدة الأكساب النادرة هل تدخل في المهايأة في العبد المشترك .

فائدة : ترك المسكن[(٧)] والخادم والأثاث[(٨)] والآنية ، [وعدم][(٩)] تركهم لمن [يليق بحاله ذلك ، منها : الغارم : هل يعتبر فقره ومسكنته حتى][(١٠)] يوفى عنه دينه

= بواجب - حديث رقم (٨٣٥)] ، ومسلم في « الصحيح » [كتاب الصلاة- باب التشهد في الصلاة- حديث رقم (٤٠٢)] .

(١) أخرجه البخاري في « الصحيح » [كتاب البيوع- باب إذا بيَّن البيعان ولم يكتما ونصحا- حديث رقم (٢٠٧٩)] ، ومسلم في « الصحيح [كتاب البيوع- باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين- حديث رقم (١٥٣١)] » .

(٢) في (ن) و(ق) : « وقد » .

(٣) في (ق) : « كالصيد » .

(٤) من (ن) .

(٥) من (ق) .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ن) و(ق) : « الساكن » ، والمثبت من (ك) .

(٨) في (ن) و(ق) : « والكتاب » .

(٩) سقطت من (ق) .

(١٠) من (ك) .

أم لا ، قال الرافعي : ظاهر عبارة أكثر [العلماء][١] اعتبار ذلك[٢] ، قال : وربما صرحوا به ، وفي بعض شروح المنهاج[٣] : أنه يبقى مسكنه وخادمه ومركبه وأثاثه وما يليق بحاله ، ويقرب منه قول بعض المتأخرين أنه لو ملك قدر [١٩٣ن/أ] كفايته ولو وفَّى دينه لنقص [عن][٤] كفايته وفي دينه من سهم الغارمين ، قال الرافعي : وهذا أقرب ، هذا إذا غرم لنفسه ، فأما إذا غرم لإصلاح ذات البين فلا يباع مسكنه قطعًا ، فإن قلنا : إن الغنى بالنقد[٥] فلا يعطى في غُرْم الإصلاح ، وكذا العروض على المشهور ، وقيل : العروض كالنقد فلا يعطى كالنقد على ذلك الوجه الضعيف .

- **ومنها** : لو وجبت عليه كفارة رقبة فلا يباع ما ذكره على النص ، [ونص في الديون على البيع ، والمذهب تقرير النصين][٦] لبناء حقوق اللَّه تعالى على المساهلة والبدل في[٧] الكفارة .

ومن الأصحاب من خرج فيه قولًا ، قال الإمام : والمسكن أولى من الخادم بالإبقاء .

- **ومنها** : هل يتركوا في زكاة الفطر ؟ فيه الخلاف ، واختار الإمام والغزالي الترك ، وهو الأصح في « شرح المهذب » ، والشيخ أبو علي وغيره العدم ، ويمكن

---

(١) سقطت من (ن) .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٨١- ٨٢) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٦٦٢) ، « قواعد ابن رجب » (٣/٥) .

(٣) في (ن) : « المفتاح » .

(٤) من (ك) .

(٥) في (ن) و(ق) : « المعنى بالبعد » والمثبت من (ك) .

(٦) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٧) في (ن) و(ق) : « على » .

تخريجه على العكس[١] في الكفارة [إن قيل : إن حق اللَّه تعالى مبني على المساهلة تركوا ، وإن قيل : تترك في الكفارة][٢] لبدلها ، ولا بدل للفطرة ، ولا خلاف في بقاء دست الثوب في [كل][٣] الأبواب[٤] حتى في الدين .

- **ومنها** : في الحج ، والخلاف فيه كالخلاف في زكاة الفطر .

- **ومنها** : هل يجوز له نكاح الأمة ويترك له المسكن والخادم ؟ فيه وجهان . أصحهما : نعم ، والثاني : يبيعهما ويصرف ثمنهما في طول الحرة ، وحد الغنى في العاقلة على رأي الإمام والغزالي : أنه يضبط بملك نصاب الزكاة ، بشرط[٥] أن يكون ذلك [فاضلًا][٦] عن المسكن والخادم وسائر ما لا يكلف بيعه في الكفارة .

- **ومنها** : لو وجد ثمن الماء فاحتاج إليه لدين مستغرق أو نفقة حيوان محترم أو لمؤنة سفر ذهابًا وإيابًا لم يجب شراؤه ، وإن فضل عن ذلك كله وجب ، وظاهر هذا أنه يترك له المسكن والخادم ونحوه ، وهذا الباب أوسع ؛ لأنه حق اللَّه تعالى ، وله بدل كالكفارة .

- **ومنها** : المفلس : يباع مسكنه وخادمه إذا[٧] احتاج إلى من يخدمه لزمانة أو منصب ؛ لقوله ﷺ لغرماء المفلس : « **خذوا من ماله ما وجدتم** » رواه مسلم[٨] ،

---

(١) في (ن) و(ق) : « العلتين » .

(٢) ما بين المعقوفتين من (ك) .

(٣) من (ك) .

(٤) في (ن) : « الأثواب » .

(٥) في (ن) و(ق) : « يشترط » .

(٦) سقطت من (ق) .

(٧) في (ن) : « وإن » .

(٨) في « صحيحه » [كتاب المساقاة- باب استحباب الوضع من الدين- حديث رقم (١٥٥٦)] .

ونص الإمام الشافعي في الكفارة المرتبة: «أنه يعدل إلى الصيام إن كان له [١٩٣ن/ب] مسكن وخادم، ولا يلزمه[١] صرفها إلى الإعتاق[٢]»، فمنهم من خرج قول المدين، واختاره أبو إسحاق المروزي، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن الكفارة لها بدل، وأن حقوق اللّه مبنية على المساهلة، وقال الإمام: «إبقاء المسكن أولى من إبقاء الخادم [١٧٥ق/أ] في حكم الحاجة»، وأشار إلى أنه ينتظم في المسألة ثلاثة أوجه.

قاعـــدة

في مسائل الإشارة والعبارة[٣].

- **منها**: لو حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخًا، أو لا يأكل هذا الحَمَل فصار كبشًا، فيه وجهان: **قلت**: أصحهما: الصحة[٤].

- **ومنها**: لو قال: أصلي خلف زيد هذا فكان عمرًا، أو على هذه المرأة فكان رجلًا، ففيه وجهان، أصحهما: نعم عدم الصحة.

قلت: لا، بل الأصح الصحة كما ذكره في «الروضة» واللّه أعلم.

---

(١) في (ن) و(ق): «ولا بد»، والمثبت من (ك).

(٢) في (ن) و(ق): «الأعيان».

(٣) راجع هذه القاعدة ونظائرها في:
«الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٨٩)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٥٨٦/٢)، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (٣٣٧/٢)، «قواعد الزركشي» (١٦٧/١)، «شرح القواعد الفقهية» (رقم: ٦٩)، «قواعد الندوي» (ص: ٣٤٦).

(٤) في (ن): «نعم».

- **ومنها** : لو قال : زوجتك هذه العربية فإذا هي أعجمية[١] ، أو هذه السوداء ، فإذا هي بيضاء[٢] ، أو هذه الشابة ، فإذا هي عجوز ، وبالجملة إن وقع الخلاف في جميع الصفات بالعلو والنزول ، ففي صحة النكاح قولان ، أصحهما : الصحة .

- **ومنها** : لو قال : اشتريت هذه الشاة أضحية ، فعليه أن يجعلها نذرًا ، ولو قال : إن اشتريت هذه الشاة فللَّه عليَّ أن أجعلها أضحية ، فوجهان ، أصحهما : لا يجب تغليبًا لحكم الإشارة ، فإنه أوجب المعينة قبل الملك ، والثاني : يجب تغليبًا لحكم العبارة ، فإنها عبارة نذر ، وهو متعلق بالذمة ، وهاتان المسألتان في « البحر » .

- **ومنها** : لو قال : بعتك هذه الفرس فإذا هو حمار ، ففيه وجهان ذكرهما الإمام في صلاة الجماعة ، وذكرهما الغزالي في النكاح في فصل الغرور[٣] ، وذكرهما الإمام أيضًا في الخلع عند تشبيهها بما لو قال : خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي ، فإذا هو مروي أنه يصح كالبيع ويثبت خيار الخلف ، فإن فسخ رجع بمهر[٤] المثل في الأظهر ، ولو قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي فأخلف لم يقع قطعًا تغليبًا للعبارة ، ولم ينظروا إلى الإشارة .

واعلم أنهم قالوا في الأيمان : إنه لو [١٩٤ن/أ] حلف لا يأكل لحم هذه البقرة وأشار إلى شاة فإنه يحنث بأكلها ، ولا يخرج على الخلاف في البيع ؛ لأن العقود يراعى فيها شروط ومفسدات لا يعتبر مثلها في الأيمان .

- **ومنها** : لو حلف لا يدخل هذه الدار فصارت عَرَصة فدخلها ، لم يحنث على

---

(١) في (ق) : « العجمية » .

(٢) في (ق) : « البيضاء » .

(٣) في (ق) : « العدد » .

(٤) في (ن) : « بمثل » .

المذهب، و[به][1] قطع الأكثرون، لعدم المشار إليه والمعبر عنه، وجعلها الإمام على الوجهين فيما لو قال: لا آكل هذه الحنطة فأكل دقيقها.

- **ومنها**: لو باع أرضًا على أنها مائة ذراع فطلعت أزيد أو أنقص، فأصح الوجهين: صحة البيع، وبهذا قطع بعضهم فيما لو طلعت أنقص، وثبت للمشتري الخيار في صورة [النقص][2]، وللبائع في صورة الزيادة، فإن أجاز المشتري أجاز بجميع الثمن في الأصح، بخلاف تفريق الصفقة؛ لأن المتناول بالإشارة تلك القطعة لا غير، وإن أجاز البائع أجاز بجميع الثمن.

- **ومنها**: لو قال: بعتك هذه [١٧٥ق/ب] الصبرة بعشرة دراهم، كل صاع بدرهم، فخرجت زائدة أو ناقصة، فقولان، أصحهما: في «التهذيب»: عدم الصحة، وعلى الآخر[3]: إذا خرجت ناقصة ثبت للمشتري الخيار، فإذا أجاز [أجاز][4] بجميع الثمن على أحد الوجهين، وإن خرجت زائدة، فالأصح أن الزيادة للمشتري؛ لأن جملة الصبرة [مبيعة][5]، وعلى هذا لا اختيار له قطعًا، وفي البائع على الأصح.

فائدة: دوام المحلوف عليه والمعلق [به][6] قد ينزل منزلة ابتدائه، وقد لا ينزل[7]، وفيه صور.

---

(١) من (ن).

(٢) سقطت من (ق).

(٣) في (ق): «الأرض».

(٤) من (ن).

(٥) سقطت من (ق).

(٦) من (ك).

(٧) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١٤١).

- **منها** : [ما][١] لو قال لزوجته : إن حضت فأنتِ طالق، وهي في الحيض لم تطلق ، قال الإمام : والسبب فيه أن الشرط يستدعي استئنافًا ، وبقية الشيء لا يكون استئنافًا فيه لسانًا ولا عرفًا .

- **ومنها** : لو قال : إذا أدركت الثمار فأنت طالق، وهي مدركة لم تطلق بذلك ، بل لا بد من إدراك مستأنف .

فائدة[٢] : **العرف الخاص**[٣] **هل يلحق بالعرف العام**[٤] ؟ فيه خلاف وبيانه بصور :

- **منها** : لو جرت عادة قوم في[٥] استعمال لفظ « الحرام » في الطلاق ، فهل ينزل منزلة الطلاق [١٩٤ن/ب] حتى يقع من غير نية ؟ فيه خلاف .

قلت : أفتى القفال والقاضي بتنزيله منزلته ، وبه جزم في « التهذيب » لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم .

- **ومنها** : مهر السر والعلانية ، الأظهر : أن الصداق ما عقد به العقد[٦] .

- **ومنها** : لو جرت عادة قوم بالانتفاع بالمرهون ، فهل ينزل ذلك منزلة الشرط

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ق) : « قاعدة » .

(٣) في (ق) : « الحاصل » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٠٩) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٥٠) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٢٢٩) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/٩٧) ، « قواعد ابن عبد السلام » (٢/٢١٩) ، « قواعد ابن رجب » (٢/٥٥٧- ٥٦٦) ، « قواعد العلائي » (٢/٤٢٢) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٧٧) ، « القواعد الفقهية » للندوي (ص : ١٣٦) .

(٥) في (ق) : « من » .

(٦) وقيل : يسقط المهر المسمى ويجب مهر المثل .

حتى يبطل الرهن؟ فيه خلاف، والإمام بناه على [مهر][١] السر والعلانية.

– **ومنها** : لو جرت عادة قوم أن[٢] يحفظوا زرعهم ليلًا ومواشيهم نهارًا، فهل ينزل منزلة العام[٣]؟ وفي العكس من ذلك وجهان، أصحهما : نعم.

– **ومنها** : لو جرت عادة مقترض أنه يرد أكثر مما أخذ، فهل ينزل ذلك منزلة الشرط؟ فيه خلاف كما في قطع [الثمار][٤].

وبقي مسائل :

– **منها** : إذا أحصره[٥] السلطان ظلمًا أو بدين لا يتمكن من أدائه، ففي جواز التحللّ طريقان، أصحهما – وبه قال العراقيون –: القطع بالجواز كالحصر العام، [والثاني][٦]، وبه قال المراوزة: أن المسألة[٧] على قولين، أصحهما هذا.

– **ومنها** : إذا رأى هلال رمضان ببلد لا يلزمه حكم[٨] البلد البعيد في الأصح، و[هل يضبط][٩] البعيد بمسافة القصر أو يختلف باختلاف المطالع؟ فيه خلاف.

قلت : الثاني أصح عند النووي، والأول أصح في « المحرر ».

– **ومنها** : إذا كانت عادة المرأة في الحيض – إما الغالب أو نحوه – أقل من

(١) من (ن).

(٢) في (ن) و(ق) : « أنهم ».

(٣) يعني : العرف العام.

(٤) سقطت من (ق).

(٥) في (ن) : « حضره ».

(٦) سقطت من (ق).

(٧) في (ن) : « لأن المسلم ».

(٨) في (ن) : « لا يلزم حكمه ».

(٩) من (ك).

الذي استقر عليه عادة النساء، فهل الاعتبار بعادتها أو بعادة النساء؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تعتبر عادتها، وإليه ذهب [١٧٦ق/أ] الأستاذ، والقاضي[١]؛ لقوله ﷺ: «**لتنتظر عدة الأيام والليالي التي كانت تحيضها**»[٢]؛ فقد أناط الشارع الحكم بعادتها[٣] لا بمطلق[٤] العادة، **وأصحها**: يعتبر الغالب؛ فإن فحص الأولين أعم، واحتمال عروض دم فساد المرأة أقرب من انخراق العادة المستمرة.

وثالثها: إن وافقت[٥] عادتها مذهب واحد من السلف صرنا إليه، وإلا فلا.

- **ومنها**: المبتدأة الفاقدة[٦] شرط التمييز إذا قلنا: تلحق بعادة نساء عشيرتها من الأبوين، أو من العصبات - أي من أهل بلدها - على خلاف فيه، فلو خالفت عادة هؤلاء عادة باقي[٧] [١٩٥ن/أ] النساء في أقل الحيض، أو في أكثره، أو في غالبه، أو في مقدار الطهر، فيه وجهان، أصحهما: أنها تلحق بالأقرب إلى عادتهن.

مثاله: كأن [يكون] غالب[٨] حيضهن أقل من ست أو أكثر من سبع، فترد إلى الست في الصورة [الأولى][٩]، وإلى السبع في الثانية، والثاني: أنها ترد إلى عادتهن.

- **ومنها**: لو حلف لا يأكل الرؤوس لم يحنث برؤوس الطير والحوت والصيد

---

(١) يعني: الأستاذ أبا إسحاق الإسفراييني، والقاضي حسينًا.

(٢) أخرجه أبو داود في «السنن» [كتاب الطهارة- باب من قال: إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة- حديث رقم (٢٨٤)]، وغيره.

(٣) في (ن) و(ق): «بعلة بها»، والمثبت من (ك).

(٤) في (ن) و(ق): «فلا تنطلق».

(٥) في (ن): «وافق».

(٦) في (ن) و(ق): «العاقلة».

(٧) في (ن): «ما في».

(٨) في (ن) و(ق): «يخالف».

(٩) من (ك).

على أظهر القولين، ولو كانت هذه الرؤوس تباع منفردة في بلد حنث بأكلها هناك، وفي غيرها من البلاد وجهان، أصحهما عند[(١)] الشيخ أبي حامد، والروياني: عدم الحنث، وأقواهما وأقربهما إلى ظاهر النصِّ عن الشافعي[(٢)]: الحنث.

وهل[(٣)] يعتبر في القطع بكون الناحية بلد العرف الخاص أو من قرية بها؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو الفرج.

وليعلم أن هذا خالف صور القاعدة [فإن العرف الخاص في بلد معتبر قطعًا وليس][(٤)] على الخلاف، وقياس المسائل أن يجزم بعدم الحنث في غير تلك البلدة، ويكون الخلاف [في تلك البلدة][(٥)].

- **ومنها**: لو حلف لا يأكل الخبز حنث بأكل أنواع الخبز حتى الأرز، وقيل: إنما يحنث به في طبرستان فقط[(٦)]، [وقيل][(٧)]: وجهان في الحنث في غيرها[(٨)]، قال الرافعي: وينبغي أن يكون خلاف كطبرستان [فقط][(٩)]، وهو مخالف للذي قبله[(١٠)]، [وهذا الفرع أيضًا موافق للفرع الذي قبله][(١١)] في المعنى الذي ذكرته.

---

(١) في (ق): «عن».

(٢) في (ن) و(ق): «الرافعي».

(٣) في (ق): «وهي».

(٤) من (ق).

(٥) من (ك).

(٦) حكاه الغزالي عن الصيدلاني.

(٧) من (ن).

(٨) حكاهما أبو الفرج السرخسي في تعليقته.

(٩) من (ق).

(١٠) يعني: مخالف لقول الصيدلاني.

(١١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

- **ومنها** : ما سئل عنه ابن الصلاح[(١)] عن البطالة الواقعة في المدارس في رجب والنصف الأول من شعبان ، فقال : إن ذلك يمنع استحقاق الوقوف ، قال : لأنه ليس فيها عرف مستمر ولا وجود[(٢)] لها في أكثر المدارس والأماكن ، فإن اتفق لها عرف في بعض البلاد واشتهر وظهر ، فيجري فيها في ذلك البلد الخلاف المحفوظ في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العام ؟ والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة .

- **ومنها** : ما في « الحاوي » من أهل القرى إذا لم تجر عادتهم بما تلبس نساؤهم في أرجلهن[(٣)] ، بل يمشين[(٤)] حفاة في البيوت : أنه لا يلزم لأرجلهن شيء ، وهو خلاف المشهور .

- **ومنها** : أيضًا في العبد إذا تزوج أن للسيد أن يستخدمه [١٩٥ن/ب] نهارًا إن التزم المهر والنفقة ، وأن يخليه ليلًا [للاستمتاع][(٥)] ، فلو كانت صنعة سيده ليلًا كالحدادين انعكس الحال ، ولو [١٧٦ق/ب] كانت[(٦)] [عادة][(٧)] بعض الأحرار السكون نهارًا والحرفة ليلًا تنزل[(٨)] عليه في القسم ، ولم يذكروا في هذه الفروع في نظيرها فيما إذا انعكست عادتهم في حفظ[(٩)] ....

---

(١) في (ن) و(ق) : « ابن الصباغ » ، والتصويب من (ك) .

(٢) في (ن) و(ق) : « موجود » .

(٣) في (ن) و(ق) : « أرجلهم » .

(٤) في (ن) و(ق) : « يمشون » .

(٥) ما بين المعقوفتين سقط من (ق) ، وحدث تقديم وتأخير في هذه العبارة في (ن) ، و(ق) .

(٦) في (ن) : « كان » .

(٧) سقطت من (ن) .

(٨) في (ن) : « نزله » .

(٩) في (ن) : « حط » .

الراعي[١] نهارًا والزرع[٢] ليلًا وغيره .

قاعــدة

تخصيص اللفظ العام بالنية فيه صور :

- **منها** : إذا حلف لا يسلم على قوم فسلم على قوم هو فيهم ، واستثناه بقلبه لم يحنث على المشهور، بخلاف نظيره من الحلف على الدخول على الأصح ، والفرق أن الدخول فعل لا يدخله الاستثناء ولا ينتظم أن يقول : دخلت عليكم إلا على فلان ، ويصح أن يقال : سلمت عليكم إلا على فلان .

- **ومنها** : لو حلف لا يكلم أحدًا ثم قال : أردت زيدًا ، أو من سوى زيد ، أو لا يأكل طعامًا [ونوى طعامًا][٣] بعينه تخصصت اليمين لما نوى، قاله الرافعي .

- **ومنها** : إذا حلف لا يدخل الدار ، ثم قال : أردت شهرًا أو يومًا ، قبل ظاهرًا أو باطنًا إذا كان الحلف باللَّه تعالى ولم يتعلق بحق آدمي ، فإن كان بالطلاق أو العتاق أو باللَّه في الإيلاء قُبل باطنًا فقط .

- **ومنها** : لو قال : نسائي طوالق ، أو كل امرأة لي طالق ، وقال : أردت بعضهن، فالصحيح :أنه لا يقبل ظاهرًا إلا بقرينة ، وقد اعترض الفوراني[٤] في مواضع من[٥] كتبه على قولهم فيمن قال : «إلا أحدًا» ، وقال : أردت زيدًا ، أو لا ألبس ثوبًا ، ونوى به الكتان ، أن النية تختص بلفظه[٦] ذلك ، وقال : هذه نية مؤكدة

---

(١) أي في حفظ المواشي نهارًا وكفها عن الرعي .

(٢) في (ن) : « والرعي » .

(٣) ما بين المعقوفتين من (ق) .

(٤) في (ق) : « القرافي » .

(٥) في (ق) : «في» .

(٦) في (ق) : « أي والنية تخصيص لفظ » .

لبعض ما دل عليه اللفظ فيخصصه إلا أن ينوي بقلبه[1] إخراج [غير][2] ما نواه في يمينه ؛ لأن المخصص ولا بد أن يكون مخالفًا لحكم العام[3] ، كما إذا قال : اقتلوا المشركين ، ثم قال : لا تقتلوا بني تميم ، فأما إن كان موافقًا[4] لحكمه ، فهذا هو التخصيص ، ثم أورد[5] بعد ذلك إيرادات وأجاب عنها .

قاعـــدة

« حمل اللفظ على[6] ما يتبادر إلى الذهن منه أولى »[7] .

ومن ثم يحمل على الحقيقة ما لم يترجح المجاز لشهرة أو غيرها ، كما لو قال : لا آكل من الشجرة ، فإنه يحمل على ثمرتها وإن كان خلاف الحقيقة لترجحه ، وهذا في شهرة [١٩٦ن/أ] تصير الحقيقة مرجوحة ، أما شهرة لا تمنع استعمال الحقيقة فهي مسألة المجاز الراجح والحقيقة المرجوحة ، وفيها الخلاف المعروف .

قاعـــدة

« اللفظ موضوع عندي لأعم[8] من الصحيح والفاسد ، ولا يحمل عند

---

(١) في (ن) : « في قلبه » .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) في (ق) : « المقام » .

(٤) في (ق) : « فأما إن كانوا موافقين » .

(٥) في (ق) : « أراد » .

(٦) في (ق) : « إلى » .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٢٧٤) ، « قواعد الزركشي » (٣/١٢١) .

(٨) في (ن) و(ق) : « أعم » .

الإطلاق [إلا][1] على الصحيح ».

كما حققته في « شرح المختصر »[2] في المناهي، وأغرب الرافعي [فقال في][3] كتاب الأيمان عند الكلام على قول الوجيز: ولو قال: لا أبيع الخمر - من[4] النوع الثالث -: « وسيأتي خلاف في أن لفظ العبادات هل يُحمل على الصحيح كما لو حلف لا يصوم ولا يصلي »، وهذا غريب منه، ولم أره حكاه قبل ولا بعد، [والله أعلم][5] [١٧٧ق/أ].



(١) من (س).

(٢) هذه عبارة تاج الدين ابن السبكي في « الأشباه والنظائر » (٢٧٥/١)، وهو يقصد بـ « شرح المختصر »: « شرح مختصر ابن الحاجب » المسمى: « منتهى السول والأمل في علم الأصول والجدل » سماه ابن السبكي: « رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب »، ولا أدري هل ذكر ابن الملقن هذه العبارة سهوًا أم أن له كتابًا في شرح مختصر ابن الحاجب على غرار كتاب ابن السبكي، وربما أوقعته كثرة الأخذ عن ابن السبكي دون عزو إليه في ما لا خلاص له منه.

(٣) في (ق): « وفي ».

(٤) في (ق): « مع ».

(٥) من (ق).

باب القضاء

قاعـــدة

«العالم إذا اجتمعت فيه شروط الاجتهاد غير العدالة، قال أكثر الأصوليين: لا يعتبر قوله[١] في الإجماع ولا ينقضه[٢] مخالفته»[٣].

واختلف في تعليله على وجهين، أحدهما: أن إخباره في نفسه[٤] لا يوثق به لفسقه، فربما أخبر بالوفاق وهو مخالف، [وربما أخبر بالخلاف وهو موافق][٥]، فلما تعذر الوصول إلى معرفة[٦] قوله سقط[٧].

وشبه القرطبي ذلك[٨] بسقوط أثر قول خضر عليه السلام لتعذر الوصول إليه، وكأن

---

(١) في (ق): «في قوله».

(٢) كلمة غير واضحة في (ن) و(ق)، والمثبت من (ك).

(٣) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٦١)، «قواعد ابن عبد السلام» (٢/١٥٩)، وانظر في معنى العدالة في المجتهد والمفتي واشتراطها: «الفقيه والمتفقه» للخطيب البغدادي (٢/٣٣٠)، «المستصفى» للغزالي (ص: ٣٧٣)، «أدب المفتي والمستفتي» لابن الصلاح (ص: ٨٦)، «العواصم والقواصم» لابن الوزير (١/٣٢١)، «الإبهاج» للسبكي (٣/٢٧٤)، «البحر المحيط» للزركشي (٦/٢٠٤)، «اللمع في أصول الفقه» للشيرازي (ص: ٧١)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٦٨٤)، «تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد» (ص ٤٦).

(٤) في (ن) و(ق): «تعيينه»، والمثبت من (ك).

(٥) ما بين المعقوفتين من (ن).

(٦) وقع في (ق): «لما تعذر الوصلة إلى تعذر معرفة».

(٧) أي: سقط أثر قوله.

(٨) في (ق): «إلى ذلك».

هذا منه تفريع على وجوده ومع[(١)] وجوده، أن يكون أهلًا للاجتهاد، ولعله رأى أن الشك في الاجتهاد يوجب الشك في[(٢)] وجود الإجماع.

الثاني: أن العدالة ركن في الاجتهاد كالعلم، فإذا فاتت العدالة فاتت أهلية الاجتهاد، فكأن من قال بالتعليل الأول راعى أن العدالة معتبرة في إخباره فقط[(٣)] فهو عنده مجتهد غير مقبول القول، وصاحب التعليل الثاني يراه [من][(٤)] شرائط أهلية الاجتهاد.

ويتفرع على هذا أن الفاسق إذا أدى اجتهاده في مسألة إلى حكم هل يأخذ بقوله من علم صدقه في فتواه بقرائن؟ فيه خلاف، فعلى الأول له الأخذ[(٥)]، وعلى الثاني ليس له الأخذ[(٦)]؛ لأنه ليس من [أهل][(٧)] الاجتهاد.

قاعـــدة

«**القاعدة الأصولية أن المجتهد إذا اجتهد في واقعة ثم استفتى فيها مرة ثانية، فإن كان ذاكرًا لطريق**[(٨)] [١٩٦ن/ب] **الاجتهاد لم يحتج إلى إعادته، وإلا فلا بد من إعادته**»[(٩)]، له نظائر فقهية:

---

(١) في (ق): «ومنع مع».
(٢) في (ن) و(ق): «و».
(٣) أي: لا في الاجتهاد.
(٤) من (ك).
(٥) لأنه لا يحتاج في ذلك إلى إخباره، بل يجد علم ذلك الحكم بالقرائن.
(٦) أي: بقوله.
(٧) سقطت من (ق).
(٨) في (ق): «طريق».
(٩) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٦٢)، وانظر: =

- **منها** : لو طلب الماء فلم يجده وتيمم لفريضة ثم حضرت أخرى[١] ، ففي وجوب إعادة الطلب وجهان ، أصحهما : لا ، إلا لو احتمل وجوده[٢] ولو على ندور ، ولو ظن عدم وجود الماء فلا يجب على وجه .

قلت : إذا تبين العدم لا يعيد الطلب على الأصح وإلا يعيد .

- **ومنها** : لو أسلم على ثوب ووصفه ثم أسلم في ثوب آخر ، وقال[٣] بتلك الصفة ، فإن كانا ذاكرين[٤]لتلك الأوصاف جاز ، وإلا لم يجز ، [و]هذا الإطلاق فيه نظر ، وهو أن تكون تلك الصفات المعروفة لهما معروفة لغيرهما ، فإن[٥] الإمام الشافعي : نصَّ على أنه لا بد أن تكون صفات المسلم فيه معروفة لغيرهما ؛ ليرجعا إليه عند تنازعهما ، وفيه وجه : أنه لا يعتبر ، وهل تعتبر[٦] الاستفاضة أم يكفي عدلان ؟ فيه وجهان ، أظهرهما[٧] : الثاني ، وصححوا في فصح النصارى وفطير اليهود أنه يكفي معرفة المتعاقدين ، قال الرافعي : « ولعل الفرق أن الجهالة فيه ترجع إلى الأجل[٨] ، وفي الصفات ترجع إلى المعقود عليه » ، فإذا شرط معرفة الصفات

= « البرهان في أصول الفقه » للجويني (٢/٨٧٨- رقم ١٥١٧) ، « الإحكام » للآمدي (٤/ ٢٨٣) ، « شرح تنقيح الفصول » للقرافي (ص : ٣٤٧) ، « نهاية السول » للإسنوي (٣/٨٧٧) ، « إرشاد الفحول » للشوكاني (٢/١٠٧٥) .

(١) أي : حضر وقت فريضة أخرى .

(٢) أي : وجود الماء .

(٣) في (ن) و(ق) : « وتقالا » .

(٤) في (ن) و(ق) : « ذكرا » .

(٥) في (ن) و(ق) : « قال » .

(٦) في (ن) : « تغتفر » ، وفي (ق) : « تفتقر » .

(٧) في (ق) : « لظهورهما » .

(٨) في (ن) : « الأصل » .

في حق غير المتعاقدين، فهل يشترط مثلها [هنا][(١)]؟ فيه نظر.

واعلم أن أصل هذه القاعدة الخلاف المعقود فيها على ثلاث مراتب:

أحدها: ما ذكرنا وهو اختيار [١٧٧ق/ب] الإمام فخر الدين.

والثاني: الجواز مطلقًا. **والثالث**: المنع مطلقًا، وأما الخلاف المذهبي فهو وجهان جاريان في المجتهد في القبلة[(٢)]؛ هل يلزمه تجديد الاجتهاد لكل صلاة تحضر، والأصح: نعم، قال في «الروضة»: وهذا إذا لم يكن ذاكرًا للأول[(٣)]، ولم يتجدد[(٤)] ما يوجب رجوعه عنه، فإن كان ذاكرًا لا يلزمه قطعًا، وإن تجدد ما يوجب رجوعه لزمه قطعًا.

أما المستفتى إذا سأل ووجد[(٥)] الجواب ثم وقعت له حادثة أخرى، قال الرافعي: «إن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع فلا حاجة إلى السؤال ثانيًا».

وكذا لو كان المقلَّد ميِّتًا وجوزناه، وإن علم استناده إلى الرأي والقياس أو شك فيه، والمقلد [حي][(٦)] فوجهان.

أحدهما: [١٩٧ن/أ] لا يحتاج إلى السؤال ثانيًا؛ إذ الظاهر استمراره[(٧)] على الأول.

وأصحهما: نعم، والوجهان كالوجهين في المجتهد.

وأما ما سلف من أن إطلاق الأصحاب ههنا فيه نظر، فأقول:

---

(١) من (ن).

(٢) في (ن) و(ق): «المسألة»، والتصويب من (ك).

(٣) أي: للدليل الأول.

(٤) في (ن): «يوجد».

(٥) في (ق): «وجدد».

(٦) من (ك).

(٧) في (ق): «الاستمرار»، وفي (ن): «استمرار به».

هذا لا ينكر(١) على أصل الأصحاب، فإنه ليس بأول مسألة يطلقون(٢) في التفاريع فيها، والتقييد فيها يحال على أصل ذلك التفريع، [وباللّه التوفيق](٣).

قاعـــدة

« **الخلاف في [أن](٤) المصيب واحد وكل مجتهد مصيب** »(٥).

بنى عليه الأصحاب ما إذا حكم الحاكم في المجتَهَد فيها هل ينعقد الحكم باطنًا؟

حكوا فيه وجهين وألحقوا بهذه المسألة ما إذا كان الجلاد(٦) شافعيًّا ورأى الإمام قتل الحر بالعبد فقتله الجلاد بأمره مع قدرته على مخالفة الإمام، ففي قول يجب القصاص نظرًا إلى اعتقاده، إذ قتل غير مكافئه ظلمًا على رأيه.

وفي قول: لا(٧)؛ نظرًا إلى [رأي](٨) الإمام، فإن له أن يرى ذلك ويأمره، قال الغزالي في « بسيطه »: « ويلتفت إلى الخلاف في شفعة الجوار، وتظهر ثمرة القطع

---

(١) في (ق): « يتكرر ».

(٢) في (ن) و(ق): « يطلبون ».

(٣) من (ن).

(٤) من (ك).

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص: ٦٤)، وانظر: « البرهان » للجويني (٢/٨٥٩- رقم ١٤٥٥)، « المستصفى » للغزالي (ص: ٣٤٩)، « الإحكام » للآمدي (٤/٢١٥)، « الإبهاج » للسبكي (٣/٢٧٤)، « شرح تنقيح الفصول » للقرافي (ص: ٣٤٤)، « نهاية السول » للإسنوي (٣/٨٦١)، « إرشاد الفحول » للشوكاني (٢/١٠٦٠).

(٦) في (ق): « الخلاف ».

(٧) أي: لا يجب شيء أصلًا.

(٨) من (ن).

بأنه لا يحل باطنًا » ورد الخلاف إلى الظاهر [في][(١)] أنه هل يمنع من دعواه أو[(٢)] يقال [لا][(٣)] متعرض[(٤)] لمذهبه .

أما في مسألتنا يتقدم النظر إلى جانب الإمام؛ فإن الجلاد[(٥)] مأذون لا يستوفي شيئًا لنفسه ، بخلاف الشفعة ، ويمكن[(٦)] أن يبنى [على][(٧)] هذه المسألة ما إذا تيقن الخطأ في القبلة هل[(٨)] تلزمه الإعادة؟ فيه قولان ، انتهى .

والحاصل فيما ينفذ باطنًا و[ما][(٩)] لا ينفذ[(١٠)] أنه إن صادف الحكم مطابقة كل ما لا بد منه نفذ باطنًا قطعًا ، وإن [لم][(١١)] يصادفه ، فإن انبنى على أصل فاسد يمكن الوقوف[(١٢)] على فساده ، واتفق أن الحاكم لم يقف عليه كما لو حكم بشهادة زور ، أو في محل مجتهد في ظنه ، وكان فيه نص قد حكم بخلافه لم ينفذ باطنًا قطعًا ، حتى إذا ظهر ذلك نقض حكمه كما لو شهدوا بأنه قتل زيدًا ، فإنه قد تظهر حياة زيد مثلًا أو يحكم بخلاف نص [ثم][(١٣)] يظهر النص ، وإذا لم يكن

---

(١) من (ن) .
(٢) في (ن) : « أم » .
(٣) من (ك) .
(٤) في (ن) : « معترض » .
(٥) في (ق) : « الخلاف » .
(٦) في (ن) و(ق) هنا زيادة : « أن يكون » .
(٧) من (ك) .
(٨) في (ق) : « بل » .
(٩) من (ك) .
(١٠) في (ن) و(ق) : « يبعد » .
(١١) من (ك) .
(١٢) زاد في (ن) و(ق) هنا : « عليه » .
(١٣) من (ك) .

كذلك كسائر[١] المجتَهَد فيه إذا لم يمكن أن يتعين الخطأ في حكمه ظاهرًا فلا ينقض، وهل ينفذ باطنًا؟ فيه الوجهان [١٩٧ن/ب] السابقان.

والإمام أبو حنيفة يلحق القسم الثاني بالثالث[٢] عندنا ويدعي فيه أنه ينفذ باطنًا كما ندعي نحن في الثالث على أحد الوجهين.

فائدة[٣]: [١٧٨ق/أ]: **الأمانات الواجبة على الكفاية**[٤] **إذا خاف فيها الخيانة**[٥] على صور[٦]:

- **منها**: إذا لم يتعين للقضاء[٧] بأن كان هناك مثله، فإن خاف على نفسه الخيانة[٨] ولم يجرب نفسه فهل يحرم عليه الأخذ؟ وجهان حكاهما في «البسيط» في كتاب اللقيط.

- **ومنها**: إذا خاف واجد اللقطة من نفسه[٩] خيانة[١٠]، ففي جواز الأخذ وجهان.

---

(١) وقعت هذه العبارة في (ن) كذا: «ولذا لم يكن لذلك لجائز»، وفي (ق): «وأن يكون كذلك لجائز»، والمثبت من (ك).

(٢) في (ن) و(ق): «المثال».

(٣) في (ق): «قاعدة».

(٤) في (ن) و(ق): «الواجبة».

(٥) في (ن) و(ق): «الجناية».

(٦) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١٨٣).

(٧) في (ن) و(ق): «النقصان»، والمثبت من (ك).

(٨) في (ن) و(ق): «الجناية».

(٩) في (ن): «تفسير».

(١٠) في (ن): «جناية».

قاعـــدة

« الإجبار على الواجب من فروض [الأعيان [لا تردد فيه][1] وأما فروض][2] الكفايات فلا يخلو إما أن يتعين لفقد[3] من يقوم به غيره أم لا ، فإن فقد فيجبر[4] عليه »[5] ، [إلا][6] القضاء ، ففي الإجبار عليه خلاف ، الصحيح : أنه يجبر[7] ، قال الرافعي : ربما تردد الناظر في الإجبار عليه من جهة أن الامتناع عن هذا الفرض الذي تناط [به][8] المصالح العامة يشبه[9] أن يكون من الكبائر ، فيفسق ويخرج عن أهلية القضاء لفوات العدالة ، ويشبه أنا نأمره بالتوبة ، فإن تاب وُلي .

ويمكن أن يقع الإضرار فيخرج عن العدالة قطعًا ، ولم يلتفت الرافعي إلى مُضِيِّ التوبة[10] .

قاعـــدة

« اليمين المردودة كالإقرار ، أي على الأصح ، وفي قول كالبينة »[11] ،

---

(١) من (ك) .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٣) في (ق) : « لنفسه » .

(٤) في (ن) و(ق) : « فيجب » .

(٥) أي : على فرض الكفاية .

(٦) سقطت من (ق) .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٨٣) .

(٨) من (ك) .

(٩) في (ق) : « بسبب » .

(١٠) أي : مضي مدة التوبة .

(١١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٣٢) ، « قواعد ابن عبد السلام » (٢/٥٤-٥٥) ، =

وفيها صور :

– **منها** : أن المدعى[١] عليه لو[٢] أقام البينة على أداء المال أو على الإبراء عنه بعد ما حلف المدعي ، فإن جعلنا يمينه كبينته سمعت بينة المدعي ، وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه لم تسمع ، إذ نكوله تكذيب لبينة الإقرار .

– **ومنها** : [على][٣] ما حكى الهروي من اختلاف الأصحاب في أنه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة ، أم لا بد من حكم الحاكم ؟ يمكن أن ينبى[٤] على القولين ، إن قلنا : كالإقرار فلا حاجة [إليه][٥] ، على أن في الإقرار خلافًا والصحيح ما ذكرناه .

– **ومنها** : إذا أقام الغاصب بعد حلف المغصوب منه اليمين المردودة على أن قيمة المغصوب أقل مما حلف عليه، خرجها بعضهم على القولين [١٩٨ن/أ] فإن جعلناها كالإقرار لم يقبل، ونص الإمام الشافعي [في « الأم »][٦] على القبول .

– **ومنها** : المرابحة إذا أخبر أن الثمن[٧] كذا، وباع ثم ادعى البائع أنه اشترى بزيادة فكذبه المشتري ، فلا تسمع دعوى البائع ولا بينته[٨] ، و[هل][٩] له أن

= « قواعد الزركشي » (٣/٢٨٣ و ٣٨٥) .

(١) في (ق) : « الداعي » .

(٢) في (ق) : « إذا » .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ق) : « ينفي » .

(٥) من (ك) .

(٦) سقطت من (ق) .

(٧) في (ن) : « اليمين » .

(٨) في (ن) : « ولا يثبت » .

(٩) سقطت من (ق) .

يحلف المشتري على نفي العلم؟ فيه وجهان مبنيان على القولين [إن قلنا :][١] كإقراره فله ذلك، رجاء النكول ورد اليمين ليكون كالتصديق[٢]، وإلا فلا.

- **ومنها** : لو ادعيا على شخص أنه رهن عندهما شيئًا فصدق أحدهما وكذب الآخر، قضى بالرهن للمصَّدق، وهل للمكذب تحليفه؟ بني [على][٣] أنه لو عاد وصدقه هل يُغرم؟ فإن قلنا : لا يغرم له بتصديقه، فينبني على القولين إن قلنا : كالإقرار فلا يحلف؛ إذ لا فائدة[٤] في تحليفه [إذ][٥] غايته كالإقرار، والغرض أنه لا يفيد شيئًا، وإن قلنا كالبينة حلف، وإن نكل وحلف اليمين المردودة ففي فائدته وجهان، أحدهما : يقضي له بالرهن وينزع من الأول، والثاني : يأخذ القيمة من المالك ويكون [١٧٨ق/ب] رهنًا في مكانه.

- **ومنها** : ما قاله البغوي فيما لو ادعى على رجل قتل خطأ أو شبه عمد ولا بينة، ونكل المدعى عليه [عن اليمين فحلف المدعي، فإن جعلناها كإقرار المدعى عليه][٥] وجبت الدية على المدعى عليه إن كذبت العاقلة المدعي [وإن قلنا : كالبينة، فهل الدية على العاقلة أو على المدعى][٥] عليه؛ ذهابًا إلى أنها[٦] وإن جعلناها كالبينة فإنما هو في حق المتداعيين دون غيرهما؟ فيه وجهان.

- **ومنها** : إذا أدَّى[٧] الضامن المال من غير شهادة فأنكر المضمون [له][٨]،

---

(١) من (ك).

(٢) في (ق) : «صديق».

(٣) سقطت من (ن).

(٤) في (ن) و(ق) : «إذ الفائدة».

(٥) من (ك).

(٦) في (ن) : «إن عاد»، وفي (ق) : «أن ...»، والمثبت من (ك).

(٧) في (ق) : «ادعى».

(٨) من (ن).

هل له تحليفه ؟ قال في « التتمة » : ينبني عليه أنه لو صدقه هل يرجع عليه ؟ إن قلنا : « نعم » حلف على نفي العلم ، وإن قلنا : « لا » فينبني على أن النكول كالإقرار أو البينة ؟ إن قلنا : بالأول لم يحلف ؛ لأن غايته أن يكون كما لو صدقه ، وذلك لا يفيد الرجوع » .

وإن قلنا بالثاني حلف طمعًا في النكول كما لو أقام بينة .

- **ومنها** : إذا زوجها أحدُ الأولياء زيدًا ، والآخر عمرًا[١] ، وجُهل السابق بعد أن علم وقت النكاح ، فإذا ادعيا عليها العلم بالسبق فأقرت لأحدهما ثبت نكاحه ، وسماع دعوى الآخر وتحليفها له ينبني[٢] على القولين فيمن قال : هذا لزيد بل لعمرو ، وهل [١٩٨ن/ب] يغرم لعمرو؟ إن قلنا : نعم ، فنعم ، وإن [قلنا][٣] : لا ، فقولان مبنيان على أن يمين الرد كالإقرار أو كالبينة ؟ إن قلنا : كالإقرار لم تسمع دعواه ، لأنا فرضنا التفريع على أنه لا غُرْم عليها فلا فائدة إذ ذاك ، وإن قلنا : كالبينة فيدعي ويحلفها ، فإن نكلت رُدَّت اليمين عليه ، فإن حلف[٤] [بنى][٥] على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ؟ فإن قلنا : كالإقرار فوجهان .

أحدهما : أن النكاح لها ، فصار كما لو أقرت [لهما[٦] معًا ، وأصحهما : أن النكاح للأول؛ لأن غايته[٧] أن يكون كما لو أقرت][٨] للأول ....

---

(١) في (ق) : « حامي » .

(٢) أي لو أقرت للثاني بعد أن أقرت للأول ، هل تغرم للثاني ؟ .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ن): « حلفت » .

(٥) من (ن) .

(٦) في (ن) : « كما لو أقر لها » .

(٧) في (ن) : « أن عليه » .

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

ثم[١] للثاني ، فإن قلنا : إنها كالبينة [فقد قال في « المهذب » : النكاح للثاني ؛ لأن البينة مقدمة على الإقرار ، وقال الصيدلاني وغيره : النكاح للأول ؛ لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة][٢] في حق الحالف والناكل ، لا في حق غيرهما .

وإن ترك البناء جاء في المسألة ثلاثة أوجه ؛ أحدها : [أن النكاح للأول][٣] .

وثانيها : أن النكاح للثاني ، وثالثها : اندفعا .

- **ومنها** : إذا زوج إحدى ابنتيه على التعيين فتنازعا فيه ، فقالت كل واحدة : إنه زوجها ، فمن صدَّقها الزوجُ ثبت نكاحها ، وهل[٤] للأخرى أن تُحلِّفه[٥] ؟ فيه طريقان ، أحدهما : أنه على القولين ، وأصحهما : [القطع بتحليفه ؛ إذ النكاح يندفع بإنكار الزوج ، والمقصود المهر فلا بد من التحليف ، فإن حلف تسقط دعواها ، وإن نكل فحلفت ، فإن قلنا[٦] : إنها كالبينة ، فوجهان ؛ أحدهما : يثبت نكاح الثانية دون الأولى ، كما لو أقامت بينة ؛ إذ البينة أقوى من الإقرار .

قال الإمام : وهذا القائل يقول ينتفي نكاح الأولى وينقطع نكاح الثانية لإنكار الزوج ، وأصحهما][٧] : استمرار النكاح للأولى ؛ لأن اليمين المردودة إنما تُجعل كالبينة في حق المدعي والمدعى عليه ، لا في حق غيرهما ، وقد ثبت نكاح الأولى بتقارِّهما ، فلا يتأثر بتنازع الزوج ، والثانية ويمينها .

---

(١) في (ن) و(ق) : « و » .

(٢) من (ك) .

(٣) في (ق) : « أنه على القولين » .

(٤) في (ق) : « وعلى » .

(٥) في (ن) و(ق) : « تحلف » .

(٦) أي : فإن نكل الزوج فحلفت فهل اليمين المردودة مع النكول كالبينة ؟ أم كالإقرار ؟ .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

- **ومنها** : تسمع دعوى المدعي على السفيه ، وهل تعرض اليمين عليه إذا أنكر إذا كان المدعي قتيلًا يوجب[(١)] [المال][(٢)] ، وقلنا بالأصح لا يقبل إقراره بما[(٣)] يوجب[(٤)] مالًا [فهل تعرض اليمين عليه إذا أنكر؟][(٥)] فيه وجهان مبنيان على القاعدة إن قلنا : كالبينة عرضت ، وإن قلنا كالإقرار ،فوجهان ، أوفقهما لكلام الأكثرين : لا ؛ لأن العرض [١٩٩ن/أ] للحمل[(٦)] على الصدق بالإقرار ، [والغرض أن الإقرار][(٧)] غير مقبول ، [والأصح عند الغزالي وغيره :][(٨)] نعم، لأنه [قد][(٩)] يحلف فيقطع الخصومة .

- **ومنها** : تسمع دعوى القتل على[(١٠)] المحجور عليه بفلس ، فإن [١٧٩ق/أ] لم [تكن][(١١)] بينة ولا لوث حلف ، فإن نكل حلف المدعي ، فإن كانت الدعوى موجبة للقصاص ، وعفى على مال ثبت ، وهل يشارك الغرماء؟ فيه وجهان مبنيان على القاعدة ، إن قلنا : كالبينة فنعم ، وإن قلنا : كالإقرار خرج على القولين في إقراره بما يوجب مالًا مستندًا إلى ما قبل الحجر .

---

(١) وقعت هذه العبارة في (ق) هكذا : « إذا كان المدعى عليه فو جب » .
(٢) من (ك) .
(٣) في (ن) : « فيما » .
(٤) في (ق) : « لا يوجب » .
(٥) من (ك) .
(٦) في (ن) : « الجهل » .
(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .
(٨) من (ك) .
(٩) من (ن) .
(١٠) في (ق) : « في » .
(١١) من (ن) .

والأظهر : القبول ، وإن كانت الدعوى موجبة للمال بكون القتل خطأ [أو شبه عمد ثبت][1] وهل تحمله العاقلة ؟ إن قلنا : يمين الرد كالبينة فنعم ، وإن قلنا : كالإقرار فلا .

قاعــدة

« كل يمين لا يمين بعدها في مراتب الخصومات فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل »[2] ؟

فيه خلاف ذكره الإمام في « النهاية » في باب القسامة ، ومن ثم إذا رُدَّت اليمين على المدعي فامتنع سأله القاضي عن سبب امتناعه ، فإن لم يتعلل بشيء[3] أو قال : لا أريد أن أحلف ، فهذا[4] يسقط حقه من اليمين ، وهل يُمَكَّن من استئناف الدعوى وتحليفه في [مجلس آخر][5] حتى إذا نكل [حلف][6] المدعي ، أو لا يُمَكَّن من ذلك ولا ينفعه إلا بالبينة ؟ فيه وجهان ، قال الرافعي ، والهروي أبو سعد[7] ، والروياني بالأول ، وقال الغزالي ، وشيخه[8] ، والبغوي بالثاني .

قال الرافعي : وهو أحسن وأصح لئلا تتكرر الدعوى في القضية الواحدة[9] .

---

(١) من (ك) .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٣٦/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٥٠/٢) ، « قواعد ابن عبد السلام » (٥٤/٢) .

(٣) وقعت هذه العبارة في (ن) و(ق) كذا : « فإن كان يبطل شيء » ، والمثبت من (س) .

(٤) أي : النكول .

(٥) سقطت من (ن) .

(٦) من (س) .

(٧) وقعت في (ن) : « وأبو سعد » ، وفي (ق) : « وأبو سعيد » .

(٨) أي : إمام الحرمين الجويني .

(٩) في (ق) : « الواجبة » .

قاعـــدة

ذكرها الإمام ثمَّ أيضًا ، قال الأصحاب : « **الأصل أن من نكل عن يمين في خصومة لا يحلف تلك اليمين بعينها في ذلك المقام من تلك الخصومة** »[١] .

وهل[٢] يحلف في مقام آخر منها[٣] مع اتحاد المقصود ؟ فيه خلاف ، ومن ثم لو علل المدعي امتناعه عن اليمين بعذر ثم عاد بعد مدة ليحلف مكن [منه][٤] ، وإن لم يتعلل أو صرح بالنكول، فقال الغزالي، والبغوي : يبطل حقه من الحلف وليس له العود، واستمر العراقيون على أن له العود .

ولو أقام شاهدًا واحدًا في [١٩٩ن/ب] دعوى مالٍ، ولم يحلف معه فحلَّفنا المدعى عليه فنكل، فهل تُرد اليمين على المدعي، وقد امتنع عن اليمين مع الشاهد ؟ فيه قولان ، وكذا لو لم يكن في دعوى المال شاهد فرددنا[٥] اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه ، فنكل عن يمين الرد ، ثم أقام شاهدًا وأراد أن يحلف معه ، فهل له ذلك ؟ فيه القولان .

قاعـــدة

« **كل نكول يتعلق به حق [حلف][٦] حالف بعد النكول فذلك النكول إذا**

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٣٦) .

(٢) في (ن) و(ق) : « وهو » .

(٣) أي : من الخصومة .

(٤) من (ن) .

(٥) في (ن) و(ق) : « فترددنا في » ، والمثبت من (س) .

(٦) من (ق) .

ظهر فلا عود من الناكل»[١] .

ذكرها الإمام في باب دعوى الدم من « نهايته » .

وقال : « إنها ضابط تمس[٢] الحاجة إلى ذكره » .

ومن ثم إن أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود فيحلف ، فإن كان بعد [١٧٩ق/ب] أن حكم القاضي بأنه ناكل ، أو قال للمدعي : احلف لم يكن له الحلف ، وإن أقبل عليه ليحلفه و[٣]لم يقل له بعد : احلف ، فوجهان ، وإن لم يكن شيء[٤] من ذلك ، فله الحلف ، حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل ، وقبل عرض اليمين على المدعي ، لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة وكان للمدعي عليه أن يحلف إذا عاد .

فائدة : القضاء بالنكول في مواضع[٥] :

الأول : إذا ادعى رب المال المبادلة بالنصاب في أثناء الحول أو دفع الزكاة إلى ساعٍ آخر ، أو غلط الخارص ، أو جائحة الثمار واتهمه[٦] الساعي ، فيحلف استحبابًا أو إيجابًا ؟ خلاف ، الأصح : الأول ، فإن قلنا به فعلى الاستحباب لا حلف من الغير إذا نكل، وعلى الإيجاب إن انحصر المستحقون ، ومنعنا نقل الزكاة ردت اليمين عليهم ، وإلا[٧] تعذر الرد ، وحينئذ هنا ثلاثة أوجه، أشهرها : الأخذ ، وكيف

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٣٧/١) .

(٢) في (ق) : « يمين » .

(٣) في (ن) هنا زيادة : « إن » .

(٤) في (ق) : « له شيء » .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٠٠) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٣٧/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٥٠/٢)، «قواعد ابن عبد السلام» (٥٤/٢) .

(٦) في (ق) : « أو قيمة » .

(٧) في (ن) : « فإذا » .

سبيله ؟ حكى ابن القاص عن ابن سريج ورآه [أنه][1] حكم بالنكول للضرورة ، وقال الأكثرون : ليس حكمًا بالنكول ، بل قضية ملك النصاب وحولان الحول الوجوب ، ولم يثبت [دافع][2][3] ، والوجه الثاني : أنه لا يطالب بشيء إذا لم تقم [عليه][4] حجة ، والثالث : أنه يحبس حتى [٢٠٠ن/أ] يقر فيؤخذ منه ، أو[5] يحلف فيعوض عنه ، ومنهم من فرق بين أن يكون رب المال على [صورة][6] المدعي ، كادعائه [الأداء إلى ساعٍ آخر ، فيؤخذ منه إذا لم يحلف ، وبين أن يكون على صورة المدعى عليه][7] بأن يقول : ما تم الحول أو ما في يدي لفلان المكاتب ، فلا يؤخذ منه شيء ، وهو وجه رابع نقله في « التهذيب » في باب الزكاة ورجَّحه ، [والحق :][7] أن ما يجيء على ما قرره الرافعي عن الأكثر فيما تقدم غيره .

الثانية : الذمي إذا [غاب ثم عاد و][7] ادعى إسلامه في أثناء السنة ليسقط بعض الجزية على قول ، وجميعها على قول وحلف ، فيقبل : استحبابًا ، وقيل : إيجابًا ، فعلى[8] الإيجاب لو نكل يقضي عليه بالجزية أو يحبس ليقر [أو يحلف][9] فيترك ، ولا يطالب بشيء ، فيه الأوجه الثلاثة ، قال الإمام : قيد صاحب

---

(١) من (ن) .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) أي : فاقتضى أخذ الزكاة .

(٤) من (ق) .

(٥) في (ن) و(ق) : « إذا لم » ، والمثبت من (ك) .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) من (ك) .

(٨) في (ق) : « قيل » .

(٩) سقطت من (ق) .

« التلخيص » : المسألة بما إذا غاب ثم عاد وهو مسلم ، فظاهره أنه لو ادعى عندنا لم يُسمع ؛ لأن من أسلم في دار الإسلام لا يكتم إسلامه .

الثالثة : [ولد][١] المرتزقة إذا ادعى البلوغ بالاحتلام ليثبت اسمه في الديوان ، فوجهان في تحليفه ، أظهرهما : نعم عند التهمة ؛ لأنه إن نكل فلا يجاب ولا يثبت اسمه في الديوان إلى أن يظهر بلوغه أو نحوه .

الرابعة[٢] : الغازي المراهق إذا [١٨٠ق/أ] ادَّعى البلوغ ليُسهم له حلف ، فإن لم يحلف فوجهان ، أحدهما : أنه يعطى ، فقيل : لأنه[٣] إنما يعرف من جهته فيضاهي ما إذا علق الطلاق أو العتق بمشيئته قُبِلَ قوله في مشيئته بغير يمين ، [وقيل :][٤] لأن شهود الواقعة يقتضي الاستحقاق إلا لمانع ، والأصل [عدمه][٥] ، والأظهر : أنه لا يعطى بغير يمين، وجعل صاحب « التلخيص » هذا حكمًا بالنكول ، وقيل : لأن حجته[٦] اليمين ولم يأت بها .

الخامسة[٧] : إذا مات من لا وارث له فوجد الحاكم أو منصوبه[٨] في تذكرته دَينًا على إنسان وادعى به وأنكر ولم يحلف ، [فقيل: يقضى عليه بالنكول، وقيل: لا يتعرض له، وقيل: يحبس حتى يقر، أو يحلف][٩] قال الرافعي :

---

(١) سقطت من (ق) .
(٢) في (ق) : « الثالثة » .
(٣) في (ن) و(ق) : « له » .
(٤) من (ن) .
(٥) من (ن) .
(٦) أي : في الإعطاء .
(٧) في (ن) و(ق) : « الرابعة » .
(٨) في (ق) : « منصور » .
(٩) من (ك) .

والأصح[١] : أنه لا يقضى بالنكول ، ولكن يحبس ليُقرَّ أو يحلف .

السادسة[٢] : إذا ادعى القدرة على الوطء وادعت العنة حلف على المذهب ، فإن نكل فلا يحلف المرأة لعدم اطلاعها ، كما لا تقوم البينة على العِنَّة ، وعلى هذا قال [٢٠٠ن/ب] الإصطخري تضرب المدة ويقضي [عليه][٣] بالنكول ، والأصح : أنها تحلف ؛ لأنه يحصل لها ظن بممارسته[٤] ما لا يحصل للشهود[٥] ، ولذلك يحلف إذا نكل عن اليمين في إرادة الطلاق بالكناية .

وحكى أبو الفرج الزاز أن اليمين لا تُشرع في حق الزوج إذا قلنا لا تحلف .

السابعة[٦] : إذا ادعى وصى ميت على وارثه أنه أوصى بثلثه للفقراء وأنكر ونكل ، وبقيت أيضًا مسائل :

الأولى : إذا ادعى الولي على إنسان أنه أتلف مال الطفل وأنكر المدعى عليه ونكل، فالأصح : أن الولي لا يحلف ؛ لأنه لم يتعلق بتصرف الولي ، ولا بإنشائه وعلى هذا وجهان ، أصحهما : أنه يتوقف حتى يبلغ الصبي فيحلف ، والثاني : أنه يقضي على خصمه بالنكول، حكاه الغزالي في آخر الصداق وعزاه في كتاب الدعاوى إلى[٧] ابن القاص .

---

(١) أي من الأقوال ، الأول : أن يقضي عليه بالنكول ، والثاني : ألا يتعرض له ، الثالث : يحبس حتى يقر أو يحلف .

(٢) في (ن) و(ق) : « الخامسة » .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ن) و(ق) : « على ممارسته » ، والمثبت من (ك) .

(٥) في (ن) و(ق) : « الشهوة » .

(٦) في (ن) و(ق) : « السادسة » .

(٧) في (ن) : « أن » .

ويجري الوجهان في متولي الوقف ، هل يحلف أم يقضي على الخصم بالنكول أو يحبس حتى يقر أو يحلف ؟

ويجريان أيضًا في القضاء بالنكول في دعوى الولي على الزوج مهرًا أو أنكره أو عوضًا في معاملة وأنكر الغريم ، ومنعناه من الحلف ، هل يقضي بالنكول أو ينتظر البلوغ ؟ والأصح في « النهاية » : الانتظار إلى البلوغ .

[والأصح][١] في ولي النكاح : التحالف ، وفي غير النكاح الأصح : المنع .

والفرق مشكل، وكان يتجه الحلف في غير النكاح دونه لتعلق العهدة[٢] بغير النكاح ، نعم يتجه ذلك في النكاح على القديم وهو جواز العفو[٣] عن المهر ؛ لأن الشرع جعله من هذا الباب كأعلى رتب المالكين[٤] ، ومن رتبهم إثبات الحق بيمينهم ، ومال الرافعي إلى أنه يحلف فيما يتعلق بشأنه[٥] ، وهو الحق .

الثانية : الكافر الصبي إذا أُسر ووجدناه نبتت عانته وادعى أنه استعجلها بالدواء ، وقلنا : إنه علامة [١٨٠ق/ب] البلوغ لا نفس البلوغ- وهو الأصح- فيحلف ، فإن نكل ، فالذي حكاه ابن القاص عن النص أنه يقتل[٦] ، وجعله من صور القضاء بالنكول ، وقال غيره : ليس هو حكمًا بالنكول ، بل قام الدليل على البلوغ ولم يظهر دافع فأجرى [٢٠١ن/أ] عليه حكمه .

---

(١) من (ك) .

(٢) وقعت هذه العبارة في (ن) و(ق) كذا : « فيتعلق العمل » ، والمثبت من (ك) .

(٣) في (ق) : « الغير » .

(٤) في (ن) و(ق) : « المالين » .

(٥) في (ن) : « بنيابة » .

(٦) في (ن) و(ق) : « يقبل » .

[وقيل : يُخلى][1] ولا يقضى بقتله[2] ، وقيل : يحبس حتى [يحلف أو يقر ، وقيل : يحبس حتى][3] يتحقق[4] بلوغه فيحلف على ما ادعى من الاستعجال بالدواء .

الثالثة[5] : للقاذف أن يُحلِّف المقذوف أنه لم يزن ، فإن لم يحلف حكى القاضي أبو سعد[6] وجهًا أنه يسقط بنكوله حد القذف ، ولا يرد اليمين عليه ؛ إذ لا يثبت الحد بيمينه ، والمشهور رد اليمين على القاذف ، وأثرها اندفاع حد القذف عنه ، لا إثبات حد الزنا على المقذوف ، كما أن اليمين ترد على مدعي السرقة وتؤثر[7] في إثبات المال دون القطع .

الرابعة : لو ولدت وطلَّقها ، فقال : طلقتُك[8] بعد الولادة فلي الرجعة ، وقالت : بل قبلها ، فإن لم يعينا وقتًا للولادة ولا للطلاق ، فالقول قول الزوج ؛ لأن الأصل بقاء سلطنة النكاح، وإن اتفقا على وقت الولادة كيوم الجمعة وقال : راجعت يوم الخميس ، فقالت : بل يوم السبت ، فالقول قوله أيضًا ، وإن اتفقا على يوم الطلاق واختلفا في يوم[9] الولادة فالقول قولها .

---

(١) من (ك) .
(٢) في (ن) و(ق) : « سبيله » .
(٣) من (ك) .
(٤) في (ن) و(ق) : « يتقرر » ، والمثبت من (ك) .
(٥) في (ق) : « الثاني » .
(٦) في (ق) : « أبو سعيد » .
(٧) في (ق) : « ولو في » .
(٨) في (ن) : « فقالت : طلقت » .
(٩) في (ق) : « وقت » .

الخامسة : أن تدعي المرأة تقدم[(١)] الطلاق ، ويقول : لا أدري لم يقنع[(٢)] منه بل يحلف أن الطلاق لم يتقدم أو ينكل[(٣)] لتحلف ، فإذا أعاد كلامه الأول جُعِل ناكلًا ، فإن نكلت فعليها العدة ، قال الأصحاب : وليس هو قضاء بالنكول ؛ لأن الأصل بقاء النكاح وآثاره فيعمل بها ما لم يظهر دافع .

السادسة : لو قتل من لا وارث له ، فإن كان هناك لوث فينصب القاضي من يدعي عليه ويحلفه ، فإن نكل فهل يقضي عليه بالنكول ؟ قال الرافعي في القسامة : فيه خلاف ، واعلم أن الجرجاني عد سبع مسائل وقال في أولها : يحكم على الناكل بأصل الوجوب لا بالنكول ، وأشار إلى أنه لا يقع قضاء بنكول وهو الصواب .

فائدة : تكلم الأصحاب هنا فيما ينقض فيه قضاء القاضي وما لا ينقض ، وتكلم فيه[(٤)] الأصوليون أيضًا[(٥)] ، وقد بسطوه باتفاق واختلاف ، وقد قيل : إنها تقرب من ستين صورة سيأتي لك بعضها .

وحاول الإمام في « نهايته » ضبطه بضابط نقل فيه تفاصيله فقال : « كل مسألة يتعلق [القول][(٦)] فيها بالقطع فمن حاد عن مدرك [٢٠١ن/ب] الصواب نقض

---

(١) في (ن) و(ق) : « بعدم » .

(٢) في (ن) : « يقع » .

(٣) في (ن) و(ق) : « فنكل » .

(٤) في (ق) : « فيها » .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٠١/١) ، و« الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢٢٩- ٢٣٠) ، « قواعد ابن عبد السلام » (٨٤/٢) ، وانظر : « المستصفى » للغزالي (ص : ٣٦٧) ، « الإحكام » للآمدي (٢٤٥/٤) ، « الإبهاج » للسبكي (٢٨٣/٣) ، « شرح تنقيح الفصول » للقرافي (ص : ٣٤٦) ، « نهاية السول » للإسنوي (٨٦٩/٣) ، « إرشاد الفحول » للشوكاني (١٠٧٥/٢) .

(٦) من (ن) .

حكمه عليه، وكل مسألة لا مستند لها من قاطع فإذا أجرى حكم الحاكم[1] [فيها][2] بمذهب، وهو [في][2] محل الفحوي ومساق الظن، فلا نقض »، قال: « ثم حقيقة القول في هذا يستدعي الإحاطة بمدارك القطع، ولا يطمع في الخوض فيها إلا على قدر الحاجة » ثم خاض في ذلك [١٨١ق/أ] ولا شك في بعض ما اطلع عليه، [والحاصل أن العلم][3] بعد الحكم أنه قارن [ما يقطع][4] بتقديمه على مستند[5] الحكم [موجب لنقضه][6]، وأن محل التردد ما إذا قارنه ما يظن تقديمه، وكذا[7] إذا توقف هل [هو][8] مانع أم لا ؟ فالحاكم بعد الحكم إذا انقدح له ما كان مقارنًا بالمنع [له][9] أحوال:

أحدها: أن يكون أمرًا متجددًا لم يكن حالة الحكم كما إذا باع الولي بالقيمة[10] للحاجة وحكم بالصحة ثم غلا السعر بعد فلا ينقض حكمه جزمًا، ومن ذلك ما إذا أجر الناظر فزادت الأجرة في أثناء المدة أو ظهر طالب بالزيادة فالأصح: أنه لا ينفسخ، وأفتى ابن الصلاح فيمن[11] استأجر شيئًا بأجرة مثله [ثم تغيرت

---

(١) في (ق): « القاضي ».

(٢) من (ق).

(٣) من (س).

(٤) من (ن).

(٥) في (ن) و(ق): « سبيل ».

(٦) من (س).

(٧) في (ن): « ما ».

(٨) من (ن).

(٩) من (ن).

(١٠) أي: باع مال اليتيم.

(١١) في (ن) و(ق): « فيما إذا ».

الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة][1] أجرة المثل أنه يتبين بطلان العقد ؛ لأن الشاهد لم يصب في شهادته ؛ لأن تقويم المنافع في مدة ممتدة إنما يصح إذا استمرت الحال الموجودة حالة التقويم[2] ، أما إذا لم يستمر[3] فتبين [أن][4] المقوم لها [لم [يطابق][5] تقويمه المقوم][6] ، قال : وليس هذا كتقويم السلعة الحاضرة .

قلت : وهو تقويم ببادي الرأي لكن الحاجة داعية إلى أن العبرة بالتقويم ذلك الوقت لا بعد ، وقد أفتى النووي بخلافه ، فإذا أجر على يتيم أو أجر وقفًا بمقتضى قيمته في الحالة الراهنة ، وحكم بها حاكم ثم ارتفعت بعد ذلك فلا أثر له ولا ينقض حكمه لئلا يؤدي إلى النقض بالأمر المتجدد ، إلا أن يقال كما ذكره أنه يتبين [خطأ الشهود][6] أولًا ، وليس ظهور طالب بالزيادة كزيادة الأجرة ، نعم حكى ابن أبي الدم وجهًا[7] : أن القيمة ما تنتهي إليه الرغبات ، وقد يقال[8] : يعتبر ذلك حال العقد ، وأما بعده ، فإنه [قد يرغب][9] .

الحالة الثانية : أن يحكم باجتهاده بدليل أو الأمارة الطارئين[10] مساويًا للأول

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ن) و(ق) : « التقدير » .

(٣) في (ن) و(ق) : « استمر » ، والمثبت من (س) .

(٤) من (ن) .

(٥) من (س) .

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٧) في (ن) و(ق) : « وجهان » .

(٨) في (ن) : « قال » .

(٩) في (ق) : « ترغبت » .

(١٠) هذا هو الوجه الثالث عند ابن السبكي ، وجعله ابن الملقن هنا الثاني ، وأغفل الثاني عند ابن السبكي ، وانظر : «الأشباه والنظائر» (٤٠٣/١) .

[٢٠٢ن/أ] وإن كان لو قارن لمنع [الحكم][1] .

الثالث : أن يظهر أمر لو قارن لمنع ، ظنًّا[2] لا قطعًا كبينة الداخل ، فإن في تقديمها على بينة الخارج خلافًا ، فهو أمر مظنون ، والأصح فيه النقض ؛ لأنه كالحاكم بالاجتهاد مع وجود النص ، واختار القاضي حسين عدمه ؛ لأن [تقديم][3] بينة ذي اليد ليس مقطوعًا به كالنص ، وإنما هو أمر اجتهادي فالنقض به كنقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وهو ما استقر عليه رأيه[4] بعدما أشكلت عليه المسألة وتردد فيها نيفًا وعشرين سنة .

وتوسط بعض أصحابنا [بين][5] ما قبل التسليم[6] وما بعدها لتأكد الحكم بالتسليم ، وهذا إذا حكم للخارج بناء على عدم بينة الداخل ، فإن احتمل أنه حكم بها [بناء][7] على تقديم بينة الخارج ، وكان من أهل الترجيح أو أشكل الحال [١٨١ق/ب] فالأصح : لا ينقض .

الرابع : إذا ظهر معارض محض من غير مرجح كما إذا حكم للخارج ببينة ثم جاءت بينة لخارج آخر ، فهذه البينة لو قارنت منعت الحكم ، للتعارض ، فإذا ظهرت[8] بعد الحكم فالظاهر لا ينقض [كما لا يحكم إلا بمستند لا ينقض][9] إلا

---

(١) من (س) .
(٢) في (ن) و(ق) : « قلنا » .
(٣) سقطت من (ق) .
(٤) في (ق) : « أمره » .
(٥) سقطت من (ق) .
(٦) في (ن) و(ق) : « السلام » .
(٧) سقطت من (ق) .
(٨) في (ن) : « ظهر » .
(٩) ما بين المعقوفتين سقط من (ن) .

بمستند، وقد حكى الرافعي في آخر الدعاوي فيما إذا قال السيد لعبده: إن قتلت فلانًا فأنت حر، وتنازع بعده العبد والوارث، هل مات مقتولًا أو حتف أنفه؟ وأقام العبد بينة أنه قتل في رمضان، فحكم بها ثم شهد شهود أنه مات في شوال، عن ابن سريج تخريج[١] قولين في نقض الحكم وتنزيله منزلة ما لو شهدت البينتان معًا وشبه[٢] ذلك بما إذا بان فسق الشهود، وقد ترقى في هذا التشبيه[٣] إلى ترجيح النقض، ويصير الأمر على ما كان عليه قبل الحكم، واقتضى كلامه أن المسألة مفروضة سواء قلنا بتقديم بينة رمضان أو شوال أو يتعارضان.

وأفتى ابن الصلاح في: ملك احتيج إلى[٤] [بيعه][٥] على يتيم فقامت بينة بأن قيمته مائة وخمسون، فبيع بها وحكم بصحة البيع، ثم قامت بينة أخرى أن قيمته حينئذ مائتان، فيمهل أيامًا، وقال: إنه ينقض الحكم، ويشبهه بما قطع به صاحب [٢٠٢ن/ب] « التهذيب » من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينته فانتزعت منه ثم أتى صاحب اليد ببينة؛ فإن الحكم ينقض[٦]، وفيما ذكره نظر، وليس كمسألة[٧] [صاحب][٨] « التهذيب »؛ فإن النقض هناك لمعارضة بينة راجحة، [ولا يلزم من النقض بالأرجح النقض بالمثل][٩]، وبينة ذي اليد فيها احتمال بأن

---

(١) في (ق): « فخرج ».
(٢) في (ن) و(ق): « وثبت »، والمثبت من (س).
(٣) في (ن) و(ق): « السبب ».
(٤) في (ن) و(ق): « إليه ».
(٥) سقطت من (ق).
(٦) في (ق): « ينعقد ».
(٧) في (ن): « كمثله »، وفي (ق): « حكمه ».
(٨) من (ن).
(٩) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

يكون النقض بها لترجحها باليد أو باليد لترجحها بها أو بمجموعها ، وعلى كل تقدير لا تكون العلة موجودة في المقيس عليه[(١)] لعدم الاشتراك في العلة على كل تقدير ، وهذا غير المسألة المذكورة في الرافعي فتنبه له .

الخامس : أن يظهر نص أو إجماع أو قياس جلي بخلافه فلا شك في نقضه ، قال الغزالي في « المستصفى »[(٢)] : وما قاله الفقهاء : الجلي إن أرادوا به ما هو في معنى الأصل مما يقطع به [فهو صحيح][(٣)] ، وإن أرادوا به قياسًا مظنونًا مع كونه جليًّا فلا وجه [له][(٤)] ، ولا فرق بين ظن حكمي وظن خفي ، وهذا في تبيين خطأ الحكم نفسه[(٥)] ، ويلتحق به الخطأ في طريقه ، وفي اعتقاد بسببه ، ويظهر ذلك بما سيأتي ، وفي الرافعي : أن النقض به في اعتقاد [هم][(٦)] خبر الواحد لا بد أن يكون الظن المستند إليه ظنًّا محكمًا ، وكأنه أشار بالظن المحكم إلى[(٧)] ما قاله الإمام في « نهايته » : إذا خالف خبرًا صحيحًا نقله[(٨)] الآحاد ، أو قياسًا جليًّا فقد يفضي الأمر إلى النقض [١٨٢ق/أ] .

وحاصل كلامه أنه[(٩)] إن لم يقبل التأويل أو كان تأويله في مقام[(١٠)] التأويلات البعيدة التي لا مبالاة[(١١)] بها ،..

---

(١) أي : المسألة التي قاسها ابن الصلاح ، فقياسها عليها غير صحيح .

(٢) « المستصفى في علم الأصول » للغزالي (ص : ٣٦٨) .

(٣) استدراك من « المستصفى » ، و« ابن السبكي » .

(٤) من (ن) .

(٥) في (ق) : « بعينه » .

(٦) من (ن) .

(٧) في (ن) : « كما » .

(٨) في (ن) و(ق) : « حكمه » .

(٩) أي : خبر الآحاد .

(١٠) في (ق) : « مقابل » .

(١١) في (ن) و(ق) : « التي لا مثاله » والمثبت من (س) .

فالحاكم [بخلافه][1] ينقض حكمه، ومثل ذلك مخالفة حديث: « **ذكاة الجنين ذكاة أمه** » وخيار المجلس والمصراة والعرايا[2].

تنبيهات

أحدها: الحكم إنما ينقض[3] لتبين خطأ به، والحاكم منصوب، لأن الحاكم يحكم بالشرع، وأحكامه منوطة بأسباب تتعلق بوجودها[4]، ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي، فالخطأ لا يعدو هذه المواضع الثلاثة:

أحدها: أن يكون في الحكم الشرعي بأن يحكم بخلاف نص أو إجماع أو قياس جلي فينقض لتحقق الخلل[5] في الحكم أي بطل ذلك ولم يقع صحيحًا[6].

ثانيها: أن يحصل[7] الحاكم على سبب غير موجود، فظن القاضي وجوده [٢٠٣ن/أ] ببينة زور ونحوها، فإذا انكشف ذلك نقض إجماعًا في بعضها، ويختلف [في بعض][8]، والخطأ ههنا في السبب[9]، أو النقض إبطال تعلق الحكم بذلك المحل.

ثالثها: أن يكون الخلل[10] في ....

(١) من (س).
(٢) في (ق): « والمعراة ».
(٣) في (ن): « ينعقد ».
(٤) في (ق): « بوجوبها ».
(٥) وقعت هذه العبارة في (ن) و(ق) كذا: « فينقض بحال الحكم ».
(٦) وتفسير هذه الفقرة: أن النقض ليس معناه الحل بعد العقد، بل الحكم ببطلان الحكم المتقدم وبيان أنه لم يقع صحيحًا؛ لأنه ليس بحكم الشرع، والحاكم ثابت الشرع فلا يصح منه الحكم بغير حكمه.
(٧) في (ن) و(ق): « يجهل ».
(٨) سقطت من (ق).
(٩) أي: بسبب وضع الحكم في غير موضعه.
(١٠) في (ن) و(ق): « الحال ».

الطرق[١] كالحكم بشهادة كافرين ، فإذا تبين نقض وإن كان المشهود به صحيحًا[٢] ، ولو حكم بشهادة فاسقين واعتقد عدالتهما ، فالأصح النقض أيضًا كالكافرين .

الثاني : الخلل في الجهل ينقض قطعًا ، وإن وافق الحق ، ولا يتأتى فيه الخلاف في الهاجم في الماء ، أو توضأ به من غير اجتهاد وصادف الطهور على الأصح ؛ لأنه ثابت بالشرع فلا يتقدم على جهل بخلاف تصرف الإنسان لنفسه .

فرع : لو وليت القضاء امرأة ففي نفوذ قضائها وجهان حكاهما في « البحر » عن حكاية جده ، وأن الإصطخري ذهب إلى النقض .

الثالث : وقع بمدينة أصبهان في حدود السبعين وأربع مائة [حكم][٣] حاكم في حادثة باجتهاده ، ولم يعلم بالنص فيها ثم وجدها كما حكم به ، فأفتى شيخ [السادة][٤] الشافعية بأصبهان في[٥] ذلك أبو بكر محمد بن ثابت الخجندي بأن حكمه نافذ وهو الظاهر ، و[أفتى] ابن الصبَّاغ فيما حكاه عنه ابن أخيه أبو منصور في « فتاويه » التي[٦] جمعها من كلام عمه أنه ينفذ من حين[٧] وجود[٨] النص ، فإذا[٩] وجد خلاف ما حكم به ، فالظاهر نقضه ، وتردد فيه ابن الرفعة ، قال : لأنه

---

(١) في (ق) : « الظن » .

(٢) لأن المعتبر من الحكم ما كان بطريقه الشرعي ، فإذا كان بغير طريقه فقد حصل الخطأ في الطريق فينقضه والخطأ هنا من القاضي في اعتقاده عدالة الشهود .

(٣) من (س) .

(٤) من (ق) .

(٥) في (ن) و(ق) : « أن » .

(٦) في (ن) و(ق) : « الذي » .

(٧) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «أنه يبعد عن حسي» .

(٨) في (ق) : « وجواب » .

(٩) في (ق) : « فإن » .

ليس من باب العقود[١] التي تعتمد الظنون وإن بان الأمر بخلافه قال : وهذا بخلاف ما إذا أذنت لحاكم في تزويجها بناء على أنه لا ولي لها ، إلا الحاكم فبان أنها ابنته [لصلبه][٢] ، فإنه يصح لوجوده من أهله مع ظن الصحة .

قلت : قال الغزالي في « فتاويه » : الأظهر في هذا البطلان معللًا بأن الرضى معتبر في هذه التصرفات ، [والألفاظ][٣] تراد للدلالة على الرضى ولا يدل اللفظ على الرضى في هذه الصور ، ويشبه ما ذكره فيما إذا قال الغاصب للمالك[٤] : أعتقه [١٨٢ق/ب] فأعتقه جاهلًا ، وما ذكره فيما إذا قال لامرأته : أنت طالق وهو يجهل أنها امرأته ، فإن له بحثًا في أن الطلاق لا يقع بنزع إلى هذا المأخذ [٢٠٣ن/ ب] والأصح فيها : النفوذ ، ويقرب من المسائل ما لو خطب زيد إلى قوم ، وعمرو إلى آخرين ، ثم جاء زيد إلى الآخرين وعمرو إلى الأولين ، وزوج كل فريق من جاءه ، وقد قال ابن القطان فيما نقله الرافعي : إن المسألة وقعت في أيام ابن السائب ببغداد فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين .

الرابع : إنما[٥] يطلق المختلف فيه على ما فيه خلاف [لمن تقدم ، وأما ما يقع لنا من صور المسائل وتتجاذب الآراء فيها ، فلا يقال إنها من المختلف فيه ، بل ينبغي أن ينظر فيها ، فإن اتضح دليل عليها اتبع ، وإلا فلا ، وإن حكم حاكم فيها بحكم ولم يكن عليه دليل ينبغي جواز نقضه ، وإن كان عليه دليل لم ينقض انتهى ،

---

(١) في (ق) : « الفتوى » .

(٢) من (ن) .

(٣) من (س) .

(٤) أي : لمالك العبد .

(٥) في (ن) و(ق) : « إن » .

ومن خطه[١] نقلت ، وقد تستغرب هذا ولا غرابة فيه ، بل الأمر إن شاء اللّٰه كما قال ، وعليه تحمل أقضية صدرت من شريح وغيره نقضها علي وغيره في مسائل لم يكن تقدم فيها خلاف][٢] ولا عليها دلالة قاطعة .

الخامسة : إذا نقض[٣] بادر إلى تدارك حقوق اللّٰه تعالى ، وأما حقوق الآدميين ، فهل عليه تعريف الخصمين ليترافعا إليه فينقض الحكم؟ عن ابن سريج : لا ، وعن سائر الأصحاب : الوجوب ، ويظهر أن محل الخلاف فيما إذا كان الخطأ في الطريق ، أما إذا [كان][٤] في الحكم نفسه فيجب جزمًا دفعًا للعادة ، وإن بان[٥] بطلان الطريق فلا ينبغي أن يجب الإعلام لعدم فائدته .

السادس : وعدنا بذكر الصور التي اختلف الأصحاب [في النقض فيها][٦] ، فمنها :

- القضاء بصحة نكاح المفقود ؛ وجهان ، والأشهر كما قال الرافعي : نقضه ، وهو ظاهر النص ، والثاني : المنع ، قال القاضي الروياني : وهو الصحيح ، وقرب[٧] من [هذا][٨] الخلاف الخلاف في نقض[٩] [حكم][١٠] من قضى بحصول الفرقة

---

(١) يعني من خط تقي الدين السبكي الذي نقل عنه هذه المسألة .
(٢) من (س) .
(٣) أي : نقض الحكم .
(٤) سقطت من (ق) .
(٥) في (ن) و(ق) : « كان » .
(٦) سقطت من (ق) .
(٧) في (ن) و(ق) : « وفرق » .
(٨) من (س) .
(٩) في (ن) : « بعض » .
(١٠) سقطت من (ن) .

في اللعان بأكثر الكلمات الخمس أو سقوط الحد عمن نكح[(١)] أمة ووطئها ، ومراده بقوله (وقرب) يعني الروياني إنما هو في « بحره » ، وعزاه للقفال ، فقال : قال القفال عدَّ أصحابنا مسائل ينقض الحكم فيها .

منها : [حكم][(٢)] من قال أكثر اللعان يقوم مقام الكل ، وأن زوج الأمة لا يلاعن لنفي الولد ، وأن لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وأن من تزوج بأمة ووطئها مع العلم بتحريمها لا يُحد ، وأن النكاح بغير ولي جائز ، والحكم بشهادة الفاسق ، وبجواز بيع [أم][(٣)] الولد ، و[أن][(٤)] لا تُقبل شهادة القاذف بعد التوبة ؛ لأن الخطأ ظاهر في هذه بدليل قاطع ، ونص الإمام الشافعي على نقض[(٥)] الحكم في مسألة واحدة وهي الحكم بصحة نكاح امرأة المفقود ، ومن أصحابنا من قال : لا ينقض حكمه في شيء من هذه [٢٠٤ن/أ] المسائل؛ لأن الخطأ فيها [ظهر][(٦)] بقياس الشبه ، وهذا هو الصحيح ، والنص في مسألة المفقود غريب ، ولعله ذكره[(٧)] تعليقًا للقول فيه ، لا اعتقادًا[(٨)] هذا آخر كلام « البحر » [ملخصًا][(٩)] .

- **ومنها** : قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتنفيذ[(١٠)] الذي

---

(١) زاد في (ن) و(ق) : « مريض » .

(٢) من (ق) .

(٣) من (س) .

(٤) من (ن) .

(٥) في (ن) : « بعض » .

(٦) من (ق) .

(٧) في (ق) : « ولأنه ظهر » .

(٨) في (ن) و(ق) : « لأن اعتقاد » ، والمثبت من (س) .

(٩) من (ق) .

(١٠) في (ن) : « بالتقييد » .

يجوزه، وفي ذكاة الجنين: قال الرافعي: [قيل][1]: إنه منقوض[2] بظهور الأخبار وبعدها عن التأويلات التي يدعونها[3]، وكذلك في القتل بالمثقل؛ لأنه على خلاف القياس [١٨٣ق/أ] الجلي[4] في عصمة النفوس، وهذا ما أورده الإمام والغزالي، وبمثله أجاب المحققون في الحكم بصحة النكاح بلا ولي، وفي بيع أم الولد، وثبوت [حرمة][5] الرضاع بعد الحولين، وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان، ونكاح الشغار، ونكاح المتعة، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف، وبجريان التوارث بين المسلم والكافر، وبرد الزوائد مع الأصل [في][6] الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى، ومن الأصحاب من منع النقض [وقال: هي مسائل اجتهادية][7]، والأدلة فيها معارضة[8].

قال القاضي الروياني: وهو الصحيح، وكذلك ذكر القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس، وبنقض قول من حكم بالاستحسان الفاسد، والذي يظهر في النكاح بلا ولي النقض لصحة الحديث فيه[9]، وقال الرافعي: إن الوجه في

---

(١) من (ن).

(٢) في (ن) و(ق): «منصوص».

(٣) في (ق): «يعدونها».

(٤) في (ن) و(ق): «الحسي».

(٥) من (س).

(٦) سقطت من (ن).

(٧) من (س).

(٨) في (س): «متقاربة».

(٩) وهو ما رجحه الشيخ تقي الدين السبكي، وقال فيه: أنا أستحيي أن يُرفع إليَّ نكاح صح عن رسول الله ﷺ إبطاله.

قتل المسلم بالذمي عدم النقض، وإنما أخالفه فيه، فالوجه النقض لحديث البخاري[١] : « **لا يقتل مسلم بكافر** » .

- **ومنها** : قضاء القاضي بأن يقاد الوالد بولده، قال ابن سريج : ينقض حكمه ؛ [أي][٢] لصحة الحديث فيه ، قال الرافعي : وليكن هذا الموضع الذي يساعد فيه الإمام مالك، قال ابن الرفعة : يعني أنه خلاف الإجماع، كأن بعضهم [قال][٣] : يقتل به مطلقًا ، قال : ولو كان كذلك لم يحتج ابن سريج إلى البينة عليه، وابن كج قال قبله[٤] في قتل الحر بالعبد : إنه[٥] لا ينقض .

فـرع : الخلاف الواهي لا يلتفت إليه؛ كالمحكي[٦] عن الشيعة أو بعضهم يقول :إن الطلاق الثلاث لا يقع، فإذا[٧] [٢٠٤ن/ب] حكم به حاكم نقض على الصحيح، كما ذكره في « البحر » في أوائل الطلاق ، ومُنصف من قال لا ينقض ؛ لأن المسألة إجماع ولا اعتبار بالخلاف الحادث قال[٨] : وعلى النقض فإذا وطئها لزمه الحد ، ولم يثبت نسب[٩] ولا عدة، قال : وهو اختياري ، والذي قاله

(١) « صحيح البخاري » [كتاب الديات- باب لا يقتل المسلم بالكافر- حديث رقم (٦٩١٥)] .

(٢) من (ن) .

(٣) من (ن) .

(٤) في (ن) و(ق): « أقبله » .

(٥) في (ن) و(ق): « وأنه » .

(٦) في (ن) و(ق) : « بالمحكي » .

(٧) وقع في (ن) في هذا الموضع : « نكلت ردت اليمين عليه ، فإن حلف بنى على اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ، فإن قلنا » .

(٨) أي : الروياني .

(٩) في (ن) و(ق) : « فسقه » ، والمثبت من (س) .

[الإمام][١] وقد أسلفنا عنه مسألة قضاء المرأة هل ينقض ؟

فــرع : يلزم من نقض ما ذكرنا[٢] من الصور أن ينقض الحكم ببطلان الأوقاف لشهرة صحتها بين الصحابة ، والعصر الأول ، وينبغي النقض في[٣] حكم بيع الموقوف إذا انهدم ، كما هو قول السادة الحنابلة ، أو عوده إلى ورثة الواقف ، كما هو قول محمد بن الحسن ، ويلزمه أيضًا النقض في بطلان بيع المدبر لمخالفته الحديث الصحيح[٤] ، وبيع الخمر من الذمي لمنابذته النهي عن بيع الخمر[٥] ، وإن قال النهي يوجب الصحة أو لا يقتضي الفساد فلم لا صححه من[٦] مسلم ، وإن حاول فرقًا فهو واهٍ ، ومن قال : الربا لا يجري في دار الحرب بين مسلمين لم يهاجرا ولا [في][٧] الحفنة[٨] والحفنتين من الطعام ، وأدلة الكتاب والسنة تردهما ، وأن النبيذ يحل منه ما لا يسكر ، وأن البائع ليس أحق بسلعته عند الفلس ، وبيع المصراة ، ومنع الفسخ بعيوب النكاح ، وإسقاط الحد في إباحة الجواري ، وأن الجماع[٩] من غير إنزال [١٨٣ق/ب] [لا][١٠] يوجب غسلًا ، وأن الحامل المتوفى عنها زوجها لا

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ق) : « ذكر » .

(٣) في (ق) : « عن » .

(٤) أي في جواز بيع العبد المدبر ، كما في « صحيح البخاري » [كتاب البيوع - باب بيع المُدبَّر - حديث رقم (٢٢٣٠)] من حديث جابر رضي الله عنه قال : « باع النبيُّ ﷺ المُدَبَّر » .

(٥) كما في « سنن أبي داود » [كتاب الإجارة - باب في ثمن الخمر والميتة - حديث رقم (٣٤٨٥)] .

(٦) في (ق) : « في » .

(٧) من (س) .

(٨) في (ن) : « ولا الحقيقة » ، وفي (ق) : « حفنة » .

(٩) في (ن) : « النكاح » .

(١٠) من (س) .

تنقضي عدتها بوضع الحمل، وأن ربا الفضل مع القبض في الصرف جائز، وأن الوقف يباع إذا تخرب، وأنه يناقل به وإن كان عامرًا إلى غير ذلك من المسائل[١] التي قيل[٢] فيها بالنقض عندما بلغهم أن السادة الحنفية تنقض قضاء الشافعي في الحكم بشاهد ويمين[٣]، وبالقرعة بين العبيد في العتق، وبحل[٤] متروك التسمية عمدًا، وبالبراءة في القسامة بيمين المدعي، فقال أصحابنا: قلتم فيما حكي عنكم[٥]: لا ينقض حكم المخالف نص الكتاب والسنة والقياس الجلي إذا لم يكن مجمعًا عليه، ثم نقضتم[٦] موافق السنة المصرحة والأقيسة الصحيحة [٢٠٥ن/أ]؛ كالحكم بالشاهد واليمين، والقرعة بين العبيد ونحوها، فكتب بنقض ذلك مع صحة الحديث فيه، ثم يحكم بالنكاح بلا ولي ونحوه مع منابذة الصريح بنطق المصطفى، وأحيانًا[٧] منه إذا رفع إلينا ولم ينقضه، ومن العجب العجاب إنكار ما وردت به السنة من[٨] القرعة[٩] في[١٠] إثبات حل الوطء بشاهدي زور لعلم الزوج الثاني الحال[١١].

---

(١) وهذه المسائل منقولة عن الإمام أبي حنيفة.

(٢) في (ق): «قبلها».

(٣) في (ق): «تنقض حكم الشافعي عند القضاء».

(٤) في (ن) و(ق): «وحكى»، والمثبت من (س).

(٥) في (ن) و(ق): «عنهم».

(٦) في (ن) و(ق): «بعضهم».

(٧) كذا في (ن) و(ق).

(٨) في (ق): «مع».

(٩) وقعت في (ن): «مع القدرة».

(١٠) في (ن) و(ق): «مع».

(١١) أي أنهما شاهدا زور، وفي (ن): «الخطاب».

- **ومنها** : قول الخصم : إذا منع الذمي من الجزية دينارًا انقطع عهده[١] ، ولو هاجر لسب اللَّه وسب رسوله أو دينه أو حرق المصحف وخرب المساجد لا ينقض .

- **ومنها** : إباحة القراءة[٢] بالعجمية وعدم رواية الحديث بالمعنى فيما ذكر بعضهم .

- **ومنها** : إسقاطهم الحد عمن استأجر امرأة لإرضاع ولده [فزنا بها][٣] ، أو استأجرها ليزني [بها][٤] ، وإيجابهم الحد [على من وطئ][٥] امرأة [في الظلمة][٦] فإذا هي أجنبية .

- **ومنها** : [منعهم][٧] السُّنة[٨] الثابتة في إلحاق النسب بالعتاقة[٩] ، مع إلحاقهم نسب ولد امرأة تزوجها [وهو][١٠] بالمشرق ممن هو بأقصى المغرب ، وبينهما من المسافة ما لا يقطعه القوي ، وقال : تزوجت فلانة وهي طالق ثلاثة عقب القبول ثم جاءت بولد ، فقالت : هو منه .

---

(١) في (ق) : « حكمه » .

(٢) أي : قراءة القرآن .

(٣) من (س) .

(٤) سقطت من (ق) .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « عمن استأجر » ، والمثبت من (س) .

(٦) من (س) .

(٧) سقطت من (ق) .

(٨) في (ن) : « النسب » .

(٩) في (ن) و(ق) : « باتفاقه » .

(١٠) من (ق) .

تنبيهات

الأول : ما لا ينقض هل يمضى وينفذ أم يعرض عنه[١] ؟[٢] فيه خلاف ، حكى المحاملي وجمع قولين، وحكاه الرافعي وخرج وجهين أرجحهما : أولهما[٣] .

الثاني : ما لا ينقض قضاء القاضي فيه إذا حكم به لمن لا يعتقده هل يحل له باطنًا ؟ فيه وجهان محكيان فيما إذا [قضى][٤] الحنفي بشفعة الجوار للشافعي ، صحح القفال، وأبو عاصم، والبغوي، وأكثر الفقهاء الحل ، وصحح الإمام، والغزالي ، وشيخه والأصوليون مقابله[٥]، قال الرافعي في باب [القسامة][٦] : وميل الأئمة إلى ثبوت الحل باطنًا ، وكذا قال في أثناء الدعاوى : ميل الأكثرين إليه ، وقال في موجبات [الضمان :][٧] صرحوا بأن الخلاف جارٍ في كل ما اتصل بحكم من المسائل الاجتهادية ، فإن قلنا : لا يحل لم يجز الطلب ، وإلا فوجهان[٨] [١٨٤ق/أ] يعبر عنهما بأن القاضي هل يمنعه لاعتقاده أو[٩] لاعتقاد نفسه؟ وصححه في كتاب القضاء، والمنع قوي ، ومحل [٢٠٥ن/ب] الخلاف في عامي ينتسب إلى مذهب

---

(١) في (ن) و(ق) : « عليه » .
(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤١٦) .
(٣) أي : التنفيذ .
(٤) سقطت من (ق) .
(٥) أي : التحريم .
(٦) في (ن) : « الدعاوي » ، وهي ساقطة من (ق) .
(٧) من (س) .
(٨) أي : إما التخيير بين البيع عليه وإجباره على البيع .
(٩) في (ن) : « أولًا » .

الإمام الشافعي من غير اعتقاد في عين المسألة ، أما من يعتقده فالظاهر القطع بالمنقطع عنه إلا أن يعلمه الخصم فيجوز إن قلنا بجواز التقليد ، وهو الأصح فيمن لا يعتقد صواب ما انتقل عنه ، وله استجداد من وجه حكاه صاحب « التقريب » أن القضاء إنما ينفذ ظاهرًا على العوام ، أما المجتهد فلا ، لأنه ليس [للغير أن][1] يتبعه ، فإذا كان لا ينفذ عليه [ظاهرًا][2] فباطنًا أولى .

فـرع : إذا وقف على نفسه وحكم بصحته من يراه ونفذه شافعي فهل لهذا الواقف فيما بينه وبين اللَّه تعالى بيع هذا الموقوف[3] ويلغي الوقفية ، قاله ابن الصلاح في فتاويه .

فـرع : كره من إمام الحرمين القصر من جانب الظاهرية ، وأن أهل التحقيق لا يقيمون بخلافهم وزنًا ، ولا يرون أهليتهم للاجتهاد ، ولا يعتبرون وفاقهم وخلافهم ، وحكى ابن الصلاح منهم خلافًا[4] ، قال في « النهاية » : وكل مسلك يختص به أهل الظاهر في القياسين فالحكم بسببه منقوض ، ونحوه قال أهل[5] الأصول [قال][6] القاضي [أبو بكر][7] : أنا[8] لا أعدهم من علماء الأمة ولا أبالي بخلافهم ووفاقهم .

قلت : وداود نفسه لا ينكر جلي القياس وإنما ينكر خفيه ، نعم ينكرهما

---

(١) كلمتان غير واضحتين في (ن) و(ق) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (ق) : « فهل لهذا الواقف فيما بينه وبين اللَّه مقال مع هذا الوقف » .

(٤) في (ن) و(ق) : « خلاف » .

(٥) في (ن) و(ق) : « خير » .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) من (ق) .

(٨) في (ن) و(ق) : « ألا » .

ابن حزم، وأطلق داود في رسالته إلى المزني إنكاره، ويسمي الأقيسة الجلية الاستنباط.

قاعـــدة

« الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد »[(١)].

وإلا لما استقرت الأحكام واختل النظام، قال الكرابيسي في الشهادات: قال قائل من السفهاء: يجب على كل حاكم أن يبطل كل حكم حكم به من كان قبله إذا كان يرى خلافه، وهذا قول من [لا][(٢)] حظ له في الإسلام، وعلى المسلمين أن يسبوه، واحتج هذا السفيه يرد على قضاء شريح في ابني عم أحدهما أخ لأم والآخر زوج أن[(٣)] الميراث بينهما نصفان[(٤)]، فقال: علي بالعبد فأتى به فقال: قضيت بكتاب اللّه وبقوله: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥].

فقال: هل لا قال: للزوج النصف وله[(٥)] ما بقي ثم أعطى[(٦)] الزوج [٢٠٦ن/أ] النصف وللأخ للأم[(٧)] السدس، وما بقي بينهما نصفان، وابن سريج لا يقول في مسألة الاجتهاد في الأواني بنقض الاجتهاد بالاجتهاد، وإنما الأصحاب ألزموه به وهو يدفعه بأن هذا حكم جديد، وهذه قضية مستأنفة فلا يؤثر فيها الاجتهاد الماضي[(٨)]،

---

(١) « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٢٤١)، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (١/١٤)، « قواعد ابن عبد السلام » (٢/٨٤-٨٥)، « قواعد الزركشي » (١/٩٣)، « شرح القواعد الفقهية »، للزرقا (رقم: ١٥)، « القواعد الفقهية » للندوي ص (٤٣٩).

(٢) سقطت من (ن).

(٣) في (ن) و(ق): « أما ».

(٤) في (ن) و(ق): « نصفين ».

(٥) في (ن) و(ق): « ولها ».

(٦) في (ن): « أعطى على ».

(٧) في (ن): « وللأخ من الأم ».

(٨) في (ن) و(ق): « كالماضي ».

وإنما يكون قائلًا بالنقض لو ألزمه بإعادة [١٨٤ق/ب] الصلاة الأولى ، وهو وجه حكاه الدارمي في « استذكاره » .

فــرع : ما أسلفناه من أن الحكم في الاجتهاد بأنه لا ينقض ادعى قوم منهم ابن الصباغ الإجماع عليه ، وقال صاحب « التنبيه » فيما إذا ادعى على المعزول الجور في الحكم: أن الحاكم ينظر ، فإن كان مما يسوغ فيه الاجتهاد ووافق رأيه لا ينقضه ، وإن خالفه فقولان ، أحدهما : ينقضه، والثاني : لا ينقضه ، قاله في « التصحيح » ، وأنه إذا حكم غيره ممن يصلح للحكم بما سبق فيه الاجتهاد ، وخالف رأيه أمضاه ولا ينقضه ، وهذا أولى من تغليط الشيخ، وأن ذهنه انتقل من القولين [السالفين][1] الذين حكاهما المحاملي، وعبر عن الاعتراض[2] بالنقض وعن الإمضاء بعدمه ، وبعضهم قال : الضمير عائد على المعزول في رأيه وعليه مشي ابن الرفعة ، وعلى هذا فالأصح النقض ؛ لأنه الذي حكاه عن الأصحاب قالوا : لأنه حكم بخلاف مذهبه ، قال : ووجه عدم النقض أن تصرف الحكام محمول على الصحة ، فلعله نظر دليله إذ ذاك أو استصوبه ، وقال : وهذا القول لم أره في مذهبنا هكذا ،ولكن قواعدنا تقتضيه ، ثم برهن له : كل حق يصح التوكيل فيه لا يجوز للحاكم أن يخلص فيه الممتنع ما أمكن التوصل إليه ، [كالديون][3] فيتولى الحاكم البيع بنفسه أو بأمين، ذكرها الماوردي في كتاب الرهن ، والذي رجحه الرافعي ثم النووي أن الحاكم يتخير بين البيع عليه وحبسه ويعزره حتى يبيع وهو إكراه بحق ، وهو قول ابن الصباغ ، والروياني ، وابن أبي عصرون ، وكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره إن شاء القاضي باع وإن شاء حبس وعزر إلى أن [٢٠٦ن/ب] يبيع ، وظاهر [إيراد][3] التنبيه في التفليس يعين البيع عليه ، وبه صرح جماعات بكماله ظاهرًا بتبعية مستور بايعه

---

(١) في (ق) : « لغير » .
(٢) في (ن) : « الإعراض » .
(٣) سقطت من (ن) .

بثمره فيباع عليه، لاسيما إذا لزم من جبره على البيع تأخير لحق مدة لا يحتملها رب الدين، وقال ابن الرفعة: إذا لم يثبت عند القاضي ملك المفلس للأعيان بالبينة و[إلا اكتفينا][1] باليد فيظهر أن يجبره على بيعه[2] [بنفسه][3] أو توكيله لتعينه طريقًا لإيصال الحقوق[4] لأربابها، وقد يقال: إذا لم يجز للقاضي البيع كيف يجوز له الإجبار، [والإجبار][1] حكم صريح[5] بخلاف الفعل[6].

قاعـــدة

ذكرها الإمام في [باب][7] التفليس حاصلها: «**أنه ليس كل ما يجوز للشاهد أن يشهد به يجوز للحاكم أن يحكم به**»[8]، فإن الشاهد قد يبني على ظن غالب لا يبنى على مثله الحاكم [١٨٥ق/أ] صونًا لمنصبه عن التهمة، وذكر في الشهادة[9] بالإعسار والأملاك والتعديل وحصر الميراث أنها أمور لا يمكن استنادها إلى اليقين، فإن في الإعسار[10] هنا[11] لا سبيل معه إلى العلم اليقيني، وغاية التعديل هي[12] الأسباب

(١) من (س).
(٢) في (ن): « ذلك ».
(٣) سقطت من (ق).
(٤) في (ق): « الحق ».
(٥) في (ق): « صحيح ».
(٦) في (ن) و(ق): «النقل».
(٧) من (ق).
(٨) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤١٦/١).
(٩) في (ن): « الشهادات ».
(١٠) في (ق): « الاعتبار ».
(١١) في (ن): « نفيًا ».
(١٢) في (ن) و(ق): « على ».

الخارجة ، والأملاك بناء على ظواهر نصبها العلماء من اليد والتصرف ، ثم قال : وكأنه يُشترط[١] إسناد الشهادة إلى [اليقين][٢] فيما يمكن اليقين [فيه][٣] ، ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل [ما][٤] تستند الشهادة فيه [إلى][٥] اليقين لو علمه القاضي بنفسه اختلف القول في جواز القضاء به بعلمه ، وإذا انتهى القاضي فيما لا علم فيه إلى منتهى يشهد فيه كالأصول التي ذكرناها فلا يحل القضاء ، وإن كان يحل له أن يشهد فيما أحاط به ، وظهر عنده فليتأمل الناظر هذا ، فإنه من أسرار القضاء .

وفيما ذكره نظر ، ولم لا يحكم القاضي في الإعسار[٦] ، والملك ، والميراث بعلمه كما يحكم[٧] في التعديل ، وقد يقال : التعديل حكم ، فإن العدل مقبول القول على كل أحد ، فأشبه الرواية ، أما الإعسار ، والميراث ، والملك فأحكام على أشخاص معينين بما لا ينتهي إلى اليقين ، فقويت التهمة فيه [فلو فرضنا انتهاءه][٨] إلى [٢٠٧ن/أ] اليقين خرج على القضاء بالعلم .

وقضية كلام الرافعي تخريج القضاء[٩] في[١٠] هذه الثلاثة[١١] على الخلاف أنه المختار عنده .

---

(١) في (ق) : « سقوط » .
(٢) من (ن) .
(٣) من (س) .
(٤) من (س) .
(٥) من (س) .
(٦) في (ق) : « الاعتبار » .
(٧) في (ن) و(ق) : « ويحكم » .
(٨) من (س) .
(٩) أي : بما يعلمه القاضي .
(١٠) في (ق) : « على » .
(١١) أي : الإعسار والملك والميراث .

ثم اعلم أن المعنيَّ بالعلم في قول الأصحاب : (اليقين لا الظن [المؤكد][١])[٢]، والرافعي قال : إن الأئمة مثلوا القضاء بالعلم الذي [هو][٣] محل القولين بما إذا ادعى عليه مالًا وقد [رآه][٤] أقرضه أو سمعه أقر بمال ، ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت الحكم به ، فيدل أنه ليس المراد بالعلم اليقين بل الظن المؤكد ، وقد يقال : المراد باليقين يقين السبب الذي به [الحكم وهو الإقراض أو الإقرار ، ولو ظنهما ظنًّا مؤكدًا لم يحكم بلا خلاف][٥]، وصرح الماوردي في الملك بأنه يجوز للقاضي ، وتردد في الشاهد وفرق بأن الشاهد إنما يعتمد [العلم][٦]، والقاضي يبني على الحجة ، فالحاصل مراتب : يقين[٧] ، وسبب[٨] ، وهاتان فيهما القولان ، وعلم حاصل بتواتر قيل على القولين ، وقيل : يقطع بالجواز .

وحكم بالتعديل ، المذهب : الجواز ، وقيل : على الخلاف .

وإعسار[٩] قال الإمام : لا يحكم بالعلم فيه ، والمختار : نعم .

الملك : وحصر الورثة ، يقتضي كلام الإمام أنه كالإعسار[١٠]، وهو أولى منه بإجراء الخلاف .

---

(١) سقطت من (ن) .
(٢) أي : هل يقضي القاضي بعلمه اليقيني لا الظني ؟
(٣) من (ن) .
(٤) من (س) .
(٥) من (س) .
(٦) من (س) .
(٧) أي الحكم بالعلم اليقيني المحسوس الحاصل وقت القضاء .
(٨) أي علم سبب متقدم كإقراض وسماع إقرار لم يعلم ارتفاعه .
(٩) في (ن) و(ق) : « واعتبار » .
(١٠) في (ق) : « كالاعتبار » .

ثم التقويم[1] الأشبه عند الرافعي أنه على القولين، ويظهر من اختيار الإمام أنه كالإعسار[2].

واللوث: يعتمد العلم فيه، وليس من القضاء [بالعلم][3] في شيء.

الجرح: يعتمد العلم فيه [قطعًا][4].

[قاعـــدة][5]

« **الأموال** [١٨٥ق/ب] **الضائعة يقبضها الإمام حفظًا لها [على أربابها]**[6] »[7]

فإما أن يبقيها [وإما أن][8] يبيعها ويحفظ ثمنها مفردة ومخلوطة بمثلها، فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال.

فيجب على القاضي قبول اللقطة إذا دفعها إليه الملتقط، وإن كان قد اختار التملك ثم مضى له، وأما حديث أنس أنه ﷺ [مر][9] على تمرة في الطريق مطروحة، فقال: « **لولا[10] أني أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها** »

---

(١) في (ق) زيادة: « ثم ».

(٢) في (ن) و(ق): « الاعتبار ».

(٣) من (س).

(٤) من (ق).

(٥) بياض في (ق).

(٦) سقطت من (ق).

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٢٠).

(٨) في (ق): « أو ».

(٩) سقطت من (ن).

(١٠) في (ن): « لا »، وهي ساقطة من (ق).

خرجاه[١]، فإنما نفى أكلها فقط[٢]، وقد يكون أخذها، وأيضًا والمراد مال يتطلع له[٣] دون ما يُعرض عنه، ومن ثم لم يجب في اللقطة تعريف[٤] [ما انتهى في القلة إلى حد [٢٠٧ن/ب] يسقط تموله[٥] كحبة حنطة، وإن][٦] حاول[٧] الرافعي تخريج وجه، ونازعه ابن الرفعة، وما لم ينته إليه[٨]فالخلاف فيه شهير[٩][١٠].

ثم يستثنى[١١] من هذه القاعدة صور:

- **منها**: إذا أقر لمنكر، فأصح الأوجه أن يترك في يد المقر كما كان؛ لأن يده تشعر[١٢] بالملك ظاهرًا، وقد عارض الإقرار الإنكار فسقط؛ إذ ما لا يعرف مالكه فهذا المُقر أولى بحفظه، ثم [هل][١٣] هي يد ملك أو استحفاظ؟ والأشبه: الثاني،

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» [كتاب اللقطة- باب إذا وجد تمرة في الطريق- حديث (٢٤٣١)]، ومسلم في «الصحيح» [كتاب الزكاة- باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله ... حديث رقم (١٠٧١)].

(٢) في (ق): «ولفظ».

(٣) في (ق): «عليه».

(٤) في (ن) و(ق): «تعريفه».

(٥) في (ن): «به».

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق).

(٧) في (ن) و(ق): «حال».

(٨) أي: وما لم ينته في القلة إلى حد يسقط تموله.

(٩) في (ق): «متميز».

(١٠) أوجب السبكي فيه تعريفه سنة، والرافعي والنووي زمنًا يظن إعراض صاحبه عنه.

(١١) في (ن) و(ق): «نعم يتبين».

(١٢) في (ن): «يشير».

(١٣) من (س).

وينبغي تقييده على هذا بالأموال ، وهذا إذا كان المقرُّ به عينًا ، وإن كان دينًا ، فلا يؤخذ [بلا خلاف ، وذكر ابن يونس أنه لا فرق][1] بينهما ، قال الجويني : وموضع الخلاف فيمن أقر لمنكر ، أما إذا قال : في يدي مال لا أعرف مالكه ، فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه ، وأبعد بعضهم فلم يجوز[2] انتزاعه هنا أيضًا ، كذا نقل الرافعي هنا ، وقال في باب دعوى الدم فيمن في يده مال حكم به ، فقال : إنه مغصوب إن عيَّن صاحبه انتزع[3] منه ، وإن لم يعين فهو مال ضائع[4] وفي مثله[5] خلاف مشهور .

وقال في باب الدعاوي : إن [من][6] في يده مال لو قال : هو لرجل لا أعرفه ولا أسميه أنَّ[7] الأصح أنه لا ينزع من يده ، [وقال في باب الكتابة : فيما إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد : هذا حرام وحلف المكاتب ، وأجبرنا السيد على القول أنه لم يكن عيَّن مالكًا ، لم ينزع من يده][8] على الصحيح .

- [**ومنها** :][9] إذا كان المال الضائع في ذمة إنسان بأن جاء إلى القاضي[10]

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

(٢) في (ن) : « يُجز » .

(٣) وقعت هذه العبارة في (ن) كذا : « إن غير صاحبه انقدح » .

(٤) في (ن) : « ضمنًا » .

(٥) في (ق) : « ما له » .

(٦) من (س) .

(٧) في (ق) : « و » .

(٨) ما بين المعقوفتين سقط من (ق) .

(٩) ما بين المعقوفتين سقط من (ق) .

(١٠) في (ق) : « للقاضي » .

وقال: في ذمتي مال لا أعرف مالكه، وقياس المذهب: بقاؤه في يده ويأتي فيه وجه من أن للآحاد انتزاع المغصوب، وهو فيما إذا خشي من بقائه في ذمته أو يده ظاهر.

[قاعـــدة][١]

« ليس كل ما لا يمنعه الحاكم إذا وقع يجيب[٢] إليه أو يأذن فيه إذا طلب »[٣].

ومن ذلك: الأصح [أنه][٤] لا يجيب[٥] الشركاء إذا طلبوا قسمة ما لا تبطل منفعته بالكلية [إذا كسر كالسيف، ولكن إذا قسموا بأنفسهم لم يمنعهم بخلاف ما تبطل منفعته بالكلية][٦] كالجوهرة النفيسة.

- [**ومنها**:][٦] على القول أن المشرك إذا انتقل إلى دين يقر أهله عليه لا يقبل منه [إلا][٦] الإسلام [٢٠٨ن/أ] وفي قول: أو دينه الأول، ولا يقال له أسلم[٧] أو عُدْ إلى ما كنت، بل يقال له: أسلم، فإن عاد إلى غيره تركناه.

- [**ومنها**][٨]: لا يجوز للحاكم الإجابة إلى بناء ما استهدم من الكنائس ولا

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من (ق).

(٢) في (ق): «أجيب».

(٣) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٤٢٤).

(٤) من (ن).

(٥) في (ن) و(ق): «يحمل».

(٦) ما بين المعقوفتين سقط من (ق).

(٧) في (ن): «إسلام».

(٨) سقطت من (ق).

الإذن فيه، نبه عليه بعض شيوخنا[١] [١٨٦ق/أ] وكاد[٢] يدعي فيه [الإجماع على ذلك][٣]، وإن كان لا يمنع عند إعادة ما استهدم من كنيسة قديمة على الخلاف فيه.

قاعـــدة

«كل ما شرط [في][٤] الراوي والشاهد فهو معتبر عند الأداء لا عند التَحمُّل»[٥] إلا في صور.

- **منها**: الشهادة على النكاح؛ فإن الشروط معتبرة أيضًا لتوقف الانعقاد على حضور عدلين، وإنما اكتفى بالمستور على الأصح، لأن ظاهرهما العدالة، ولهذا لو تبين[٦] خلافها بطل على المذهب.

- **ومنها**: الصبي إذا تحمل الرواية فبلغ وأدى لا يقبل في[٧] وجه، والأصح: القبول كما في الشهادة[٨]، [بل][٩]..................................

(١) يقصد: الشيخ تقي الدين السبكي.

(٢) كذا في (س)، وفي (ن) و(ق): «وكان».

(٣) من (س).

(٤) سقطت من (ق).

(٥) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٤٢٥)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٨٣٤)، «قواعد الزركشي» (٣/١١٧).

(٦) في (ق): «ظهر».

(٧) في (ق): «على».

(٨) أي: لو تحمل الشهادة فبلغ فأدى فلا يُعرف خلاف في قبول شهادته.

(٩) من (ن).

[إذا][(١)] أداها الصبي [فرد][(٢)] ثم أعادها بعد البلوغ قبلت قطعًا .

- **ومنها** : إذا وكله في قضاء دين فأداه في غيبة الموكل وجب عليه الإشهاد ، لكن الأصح الاكتفاء بشاهدين ظاهرهما العدالة أو شاهد واحد، فالاستثناء على وجه ، وكذا [إذا][(٣)] وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن على الأصح .

قاعـــدة

« **مستند الشاهد إذا[(٤)] كان إخفاؤه يورث ريبة تعين [ذكره فلا تقبل الشهادة إلا بذكره، وإن كان ذكره يورث ريبة][(٥)] تعين إخفاؤه، فترد الشهادة عند ذكره، وإن لم يتعلق ريبة بذكره [ولا بـإخفائه][(٦)] لم يضر[(٧)] واحد منهما ، وإن تردد النظر في أنه هل يورث ريبة ؟ اختلف فيه** » ، وقد يطلب قرينة تدفع الريبة من موافقة مذهب[(٨)] الشاهد للحاكم وفقهه ونحو ذلك[(٩)] .

فما يورث إخفاؤه ريبة : الجرح فلا يخفى اختلاف المجتهدين في أسبابه [ثم

---

(١) سقطت من (ن) .

(٢) من (س) .

(٣) سقطت من (ق) .

(٤) في (ن) : « إن » .

(٥) من (س) .

(٦) من (س) .

(٧) في (ق) : « يصرح » .

(٨) في (ن) و(ق) : « فطلب » .

(٩) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٢٥- ٤٢٦) ، وانظر : «أشباه» لابن الوكيل (ص : ٢٦٣) ، « الأشباه » للسيوطي (٢/٨٣٥) .

اشتباه][١] كثير[٢] منها على كثير من الناس، فمن ثم لا يقبل إلا مفسرًا .

- **ومنها** : إذا أخبره ثقة بنجاسة الماء وشهد به شاهدان لم يقبل إلا إذا تبين السبب إلا في الموافق[٣] .

- **ومنها** : الشهادة باستحقاق الشفعة [لا بد فيها من بيان السبب ، ومنها : الشهادة بأنه وارثه ، ومنها : الشهادة][٤] بالردة ، والأصح[٥] : الاكتفاء بالإطلاق ومقابله قوى اقتضاه [٢٠٨ن/ب] كلام الرافعي في موضع آخر .

- **ومنها** :[٦] الشهادة بانتقال الملك ، وأصح الأوجه : أنه لا بد من بيان سبب الانتقال ، وفي ثالث : يفرق بين الفقيهين الموافقين وغيرهما ، وسيكون لنا[٧] عودة إلى شيء من ذلك في كتاب الشهادات بأوضح من ذلك .

قاعـــدة

ضابط الاستفاضة[٨] : الأصح [فيه][٩] في الرافعي في الشهادات أنها : « خبر جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بقولهم ، ويؤمن تواطؤهم على الكذب » ،

---

(١) سقطت من (ق) .
(٢) وقع في (ن) : « ثم أسمائه كثيرة » .
(٣) يعني : إذا كان المُخبِر أو الشاهد موافقًا في المذهب .
(٤) من (س) .
(٥) عند السبكي والرافعي والنووي .
(٦) في (ن) : « له الشهادة » .
(٧) في (ق) : « لهما » .
(٨) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٢٦/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٣٤/٢) .
(٩) من (ن) .

واقتضى كلامه في القضاء حيث جعل المستفيض دون المعلوم أنها : « خبر جمع يؤمن[١] تواطؤهم على الكذب » ، وهذا هو التواتر بعينه .

قال أصحابنا : لا تقبل الشهادة بها إلا في مسائل : الموت والنسب ، ولو من الأم على الأصح ، والوقف ، والنكاح ، والولاء ، وولاية الوالي وعزله ، والرضاع ، وتضرر الزوجة ، والصدقات ، والإسلام والكفر ، والرشد والسفه [١٨٦ق/ب] والحمل والولادة ، والوصايا ، والجزية ، وشراب قديم معروف مقوم ، واللوث ، وكذا الغصب ذكره الماوردي في « الأحكام السلطانية » وهو ظاهر[، والدين][٢] وهو وجه حكاه الهروي في « الإشراف » .

- **ومنها** : التعديل والجرح .

تنبيهات

أحدها : نقل الرافعي في التزكية عن « العدة » أنه لو استفاض فسق الشاهدين بين الناس فلا حاجة إلى البحث والسؤال ، وينزل المستفيض منزلة المعلوم وأقره عليه ، وقال بعد[٣] ورقتين : إذا استفاض الفسق وانتشر جاز الجرح به فيما حكى عن ابن الصباغ ، وصاحب « التهذيب » ، وغيرهما[٤] ، وهذا [في][٥] إنشاء الحكم [به][٦] ،

(١) في (ن) : « يمتنع » .
(٢) من (س) .
(٣) في (ن) : « بعض » .
(٤) في (ن) و(ق) : « وغيره » ، والمثبت من (س) .
(٥) من (ن) .
(٦) من (ن) .

والأولى في أن الاستفاضة [بفسقه][1] تمنع شهادته، صرح به الماوردي، والبندنيجي: أنه لا يجوز الجرح بمجرد الشياع والانتشار ، بل لا بد معهما من حصول العلم ، وإليه أشار أيضًا ابن الصباغ، والبغوي .

أما إذا لم يفد العلم اليقين فلا يجوز اعتماده وهتك أعراض الناس به ، وقد قال ابن الرفعة : وبهذا صرح الغزالي تبعًا للإمام في مكان آخر قال : وهو الحق ، لأنه مما يمكن الوقوف عليه ، وليس [٢٠٩ن/أ] من شأنه إذا وقع أن تتناوله[2] الألسن على مرور الزمان، فلا يقنع [فيه][3] بما لا يحصل العلم من الاستفاضة .

قال : ولهذا حُكي [عن][4] الشيخ أبي[5] حامد أنه قال : السماع من الواحد والعشرة لا تجوز الشهادة [به][6]؛ لأنه لا يصير به عالمًا ، وإن كان من مذهبه الاكتفاء في الاستفاضة بالسماع من عدلين ، انتهى .

وكذا قال صاحب « البحر » وإنما لم يقيده الرافعي بالعلم ، لأنه ذكر عقيبه أنه لا يجوز الجرح بناء على خبر الواحد والعدد[7] اليسير ، ومعلوم أنه لو اكتفى بالظن لاكتفى بالواحد ، أو بالظن القوي لاكتفى بالعدد[8] اليسير .

وفي « المهذب » : أنا إذا[9] اكتفينا بقول أصحاب المسائل جاز للواحد منهم

---

(١) من (ن) .
(٢) في (ن) و(ق) : « تبد وله » .
(٣) من (ن) .
(٤) من (س) .
(٥) في (ق) : « أبو » .
(٦) من (س) .
(٧) في (ق) : « والعرف » .
(٨) في (ق) : « بالعرف » .
(٩) في (ق) : « لو » .

أن يعتمد فيما شهد به عند القاضي من الجرح والتعديل [على قول واحد إذا سكنت نفسه إليه][١] .

التنبيه الثاني : هذا كله في استفاضة لها أصل ؛ لأن هذا معنى المستفيض ، ويعني بما له[٢] أصل ما ينتهي الحال فيه إلى عدول معينين يخبرون عن مشاهدة أدنى عددهم[٣] كما علمت أحد عشر ، وظاهره أنه لا يقبل أقل منهم ، ولا يكتفي بمجرد شياع[٤] لا يعرف أصله ، وإليه أشار الرافعي بقوله : لا يجوز الجرح بناء إلى[٥] آخر ما سلف[٦] ، قال : نعم له أن يشهد على شهادته بشرط الشهادة على الشهادة .

التنبيه الثالث : الاستفاضة غير السماع [١٨٦ق/أ] والسماع الواقع في كلام الإمام الشافعي المراد به التواتر ثم شرط العمل بها أن لا تعارض[٧] باستفاضة مثلها وإلا بطل حكمه لانتفائها .

قاعـــدة

« من قبلت روايته أو شهادته في شيء فهل يكتفي بإطلاقه ، أو لا بد من بيان السبب »[٨] ؛ وسنذكره بعد ، وسلف نقضه[٩] ، وقد يقال : لا تكليف فيما لا تشتبه

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .
(٢) في (ن) و(ق) : « بما قاله » .
(٣) في (ن) : « إذن عددهم » ، وفي (ق) : « إذ عندهم » .
(٤) في (ن) و(ق): « سماع » .
(٥) في (ق) : « على » .
(٦) يعني : بناء على خبر الواحد والعدد اليسير .
(٧) في (ن) : « العارض » .
(٨) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٢٩/١) .
(٩) في (ق) : « بعضه » .

طرقه واختلف [فيه][1] المجتهدون [وهل يكلف فيما اشتبهت طرقه واختلف المجتهدون][1] فيها طلبًا للاحتياط ودرءًا لاحتمال يخالف اجتهاد الشاهد والمشهود عنده ، [واحتمال بناء الشاهد شهادته على ظن ليس هو عند المشهود عنده][1] كما هو عنده، أو لا يكلف ، اكتفاء بأن الجاهل بما هذا[2] شأنه لا يقبل خبره ولا شهادته في ذلك .

وإذا كان عالمًا فهو يدري أين يضع قوله، أو يكلف عدم ذكره لئلا يورث ذكره إياه ريبة؛ فيه احتمالات ، والحق فيها الاختلاف[3] بحسب الصور، وقد سلف [٢٠٩ن/ب] قريبًا .

فمنها : الشهادة بالجرح[4] والتعديل ، والأصح : أنه لا بد من بيان سببه [دون التعديل][5] .

و[قد][6] سلف أيضًا مسألة الماء واستحقاق الشفعة والإرث والردة .

- **ومنها** : لو شهد بالموضحة، الأصح : القبول ، وقال القاضي : لا بد من التعرض لإيضاح العظم، وتردد فيما إذا كان الشاهد فقيهًا ، وعلم القاضي [أنه][7] لا يطلق لفظ الموضحة إلا على ما يوضح العظم .

---

(١) من (س) .
(٢) في (ن) : « هو » .
(٣) في (ق) : « الاختلافات » .
(٤) وقعت هذه العبارة في (ن) و(ق) : « بشدة الجُرح » ، والمثبت من (س) .
(٥) من (ن) .
(٦) من (ق) .
(٧) من (س) .

- **ومنها** : شهدا أن[١] بينهما رضاعًا محرمًا[٢]، ففي الاحتياج إلى السبب وجهان، الأكثر: لا، وتوسط الرافعي.

قاعـــدة

«الشيء [الذي][٣] لا ينضبط أسباب الاطلاع عليه إذا أثارت أسباب معرفته لبعض العارفين [به][٤] ظنًا[٥] يسوغ له الشهادة بمقتضى ذلك الظن لم[٦] يجز له أن يصرح به في شهادته»[٧]؛ لأن ذكره إياه بين يدي الحاكم قد يُورث الحاكم ريبة؛ إذ من الجائز أن لا يتبين[٨] عند الحاكم الظن الذي أثاره عند الشاهد، لاسيما وقد يقوم عند الحاكم إشارات [تقصر][٩] عنها العبارات[١٠]، ومن ذلك أن الشاهد فيما يشهد [به][١١] في الاستفاضة لا يذكر مستنده[١٢]، وقد ذكرناه في

(١) وقع في (ن) و(ق): «شاهدان».

(٢) في (ن): «رضاع محرم».

(٣) سقطت من (ن).

(٤) من (س).

(٥) في (ن) و(ق): «طلبًا».

(٦) في (ن) و(ق): «بما».

(٧) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٤٣٠)، «الأشباه» لابن الوكيل (ص: ٢٦٣).

(٨) في (ن): «يتأثر».

(٩) سقطت من (ق)، ووقعت في (ن): «بعض»..

(١٠) في (ن) و(ق): «إخبارات».

(١١) سقطت من (ق).

(١٢) انظر توضيح هذه العبارة في ابن السبكي (١/٤٣٠).

الشهادات بلفظ: المستند في الشهادة[1] قد يضر التصريح به كما ستعلمه.

قاعـــدة

قال ابن القاص: «**كل من وجب عليه الحبس بدين فقال صاحب الدين: لا يحبس وأنا[2] ألازمه، كانت الملازمة [ثَمَّ][3] أحق، إلا أن يقول[4] المديون: احبسني وامنعه[5] من ملازمتي[6]**»[7] فينظر؛ فإن كان لا يريد الملازمة خوف الشهرة بلا ضرر يدخل عليه في ذلك لم يمنع من ملازمته، وإن كان يمتنع من ذلك[8] لضرر يدخل عليه في وضوءه وطهوره رد إلى الحبس؛ لأن الملازمة تكون في المسجد [١٨٧ق/ب]، فإن طال ذلك ضربه البراز، واستدل[9] [على][10] أنه [لا][10] يمنع من الملازمة في القسم الأول بحديث: «**ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**»[11]، وفيه

---

(١) في (ن) و(ق): «الشيء».

(٢) في (ق): «وإنما».

(٣) من (ق).

(٤) في (ق): «يكون».

(٥) في (ق): «وامكنه».

(٦) في (ق): «ملازمته».

(٧) «الأشباه والنظائر» لابن السبكي (١/٣١٨- ٣١٩).

(٨) في (ق): «كذلك».

(٩) في (ن) و(ق): «واستدعى».

(١٠) من (س).

(١١) أخرجه البخاري تعليقًا في «صحيحه» [كتاب الاستقراض- باب لصاحب الحق مقال]، وأبو داود في «السنن» [كتاب الأقضية- باب في الحبس في الدين وغيره- حديث رقم (٣٦٢٨)].

إشارة إلى [أن][(١)] صورة المسألة في حبس العقوبة، أما[(٢)]حبس الاستكشاف فينبغي إذا طلب المديون الحبس وترك الملازمة يجاب من غير تفصيل، والرافعي نقل هذا الفرع عن ابن القاص وقال [٢١٠ن/أ] : إن الملازمة أخفُّ .

وكلام ابن القاص يشعر بأن المراد بالملازمة ملازمة في مكان واحد كالمسجد ونحوه، وكلام غيره يقتضي أن معناها أن يكون معه حيث كان من غير منع من التردد في حاجاته وهي أخف، وعبارة الصيمري[(٣)] : ولرب الدين ملازمته [بنفسه][(٤)] وبوكيله، وقال القفال الكبير: إذا طلب الحبس [ورضي الطالب بالملازمة لم يحبس؛ [لأن الحبس][(٥)]][(٦)] إن كان للاستيثاق وكشف الحال، فهو إلى رأي الإمام يحتفظ به[(٧)] ، وإن كان للعقوبة فلا حق للمطلوب فيه، وأنه إذا لزم يمنع من الاضطراب[(٨)] في أموره، [ولا يمنع][(٩)] مما لا بد منه من دخول

(١) من (ن) .

(٢) في (ن) و(ق) : « إنما » .

(٣) هو عبد الواحد بن الحسين بن محمد أبو القاسم الصيمري البصري، أحد أئمة الشافعية، وأصحاب الوجوه، حضر مجلس القاضي أبي حامد المروذي، وأخذ عنه الماوردي، وارتحل الناس إليه من البلاد وكان حافظًا للمذهب حسن التصانيف، من تصانيفه: « الإيضاح » ، و« الكفاية » ، و« الإرشاد » ، توفي سنة ست وثمانين وثلاثمائة (٣٨٦هـ) ، راجع ترجمته في « طبقات الفقهاء الشافعية » لابن قاضي شهبة (١/١٦٠- رقم ١٤٦) .

(٤) من (ن) .

(٥) من (س) .

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٧) في (ن) و(ق) : « منه » .

(٨) في (ن) و(ق) : « الزواج » .

(٩) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

الخلاء ونحوه، ولا يمنع من الحبس أو موضع الملازمة من أن يبيع ويشتري، ويصلي تطوعًا، ويعمل العمل من خياطة ثوب وغيرها.

* * *

كتاب الشهادات والدعاوى

قال الرافعي : « **الحالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة** »[١] .

و[قد][٢] قيل: من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به ، فإذا أنكر حلف عليه وقبل منه ، قال : ولا بد من استثناء صور من هذا الضابط .

وقوله : « وقد قيل » وهو راجع إلى الأول ، وإنما هو عبارة أخرى وحذف في « الروضة » لفظ : (وقد) ، [و] اقتصر في « المنهاج » تبعًا « للمحرر » على الثانية ، وذكر الإمام عن القاضي[٣] ضابطًا[٤] فيما يجري فيه التحليف ، وحاصله حكاية وجهين أحدهما : أن حده أن يدعي حقًا ، والثاني : أن ينفي[٥] دعوى ما لو أقر به ليقع إذا كان لا يؤدي إلى فساد؛ احترازًا عن منع تحليف الشاهد والقاضي ، ولعل قول الرافعي : (وقد قيل) إشارة إلى هذا .

قاعـــدة

« **لا تصح الدعوى بالمجهول واستثنى في « التنبيه » الوصية** »[٦] .

واستثنيت معها في التصحيح مسائل أخر ، ومنع القاضي حسين الوصية[٧]

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٣٧) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٥٦) .
(٢) من (ق) .
(٣) في (ق) : « الإمام » .
(٤) في (ن) و(ق) : « ضابط » .
(٥) في (ن) و(ق) : « بلغ » .
(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٣١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٤٤) .
(٧) أي : منع الدعوى بالمجهول في الوصية .

أيضًا، والصحيح خلافه لئلا يضيع حقه، إذ لا طريق له غيرها [وقول القاضي][١] : « يقدر[٢] قدرًا [زائدًا][٣] ويدعي أن الموصي أراده »، عجيب، إذ الغرض أنه أوصى بمجهول، والشفعة منع القاضي أبو سعد[٤] في « إشرافه » الدعوى بها[٥] والذي يظهر جوازه وإن لم يعين [الثمن][٦] قدرًا [٢١٠ن/ب] ولا ادعى المشتري به علمًا [وبتقدير جوازه فالمدعي به ليس بمجهول؛ لأنه حق الشفعة][٧]، لكن [١٨٨ق/أ] المجهول شرطه وهو الوقوع بثمن معين لا نفس الشفعة.

وإذا ادعى رب المال في المساقاة على العامل خيانة[٨] لا لقصد تغريمه بل لرفع[٩] يده، ففي سماعها مجهولة وجهان في « الحاوي » أصحهما: سماعها[١٠]، وليس ذلك من المواضع المستثناة في سماعها، لأن هذا إنما هو دعوى خيانة وهي أمر معلوم فيحلف عليه أو يقام به البينة، وإن شارك الدعوى بالمجهول في الصورة.

وأما الإقرار فالصحيح[١١] سماع الدعوى بالمجهول فيما ....

---

(١) من (س).
(٢) في (ق): « يغير ».
(٣) من (ن).
(٤) في (ق): « أبو سعيد ».
(٥) ورجح التقي السبكي الدعوى بحقها.
(٦) من (ن).
(٧) من (س).
(٨) في (ن): « جناية ».
(٩) في (ن): « لو رفع ».
(١٠) وهو تصحيح السبكي.
(١١) في (ن) و(ق): « في الصحيح ».

ليس مجهولًا[(١)] من كل وجه .

ولا شك أن المجهول من الحقوق ضربان ، ضرب لا يكون ثابتًا وإنما يطلب ثبوته موقوفًا على تعيينه[(٢)] ، والمطلوب من الحاكم تعيينه ، وإن شئت قلت : يطلب من الحاكم إنشاء[(٣)] تقديره ، فتسمع الدعوى به مع الجهالة قطعًا ، وليس مما نحن فيه ، وذلك كالمتعة[(٤)] ، والحكومة ، والعروض المفروضة[(٥)] .

وضرب يكون ثابتًا لا يحتاج إلى إنشاء الحاكم في إثباته ولا في تعيينه وهو ثلاثة .

مجهول في نفس الأمر [وهو المبهم كالوصية بمجهول ، الثاني : المجهول عند المدعي ولكنه معلوم في نفس الأمر][(٦)] وهو الإقرار بالمجهول ، والصحيح التحاقه بالأول .

ومعلوم عند المدعي غير أنه يجهله [على][(٧)] الحاكم ولا يبينه[(٨)] له ، فلا تصح الدعوى به ولا يستثنى منه شيء .

فائدة: ما اختلف في اشتراط العدد فيه ، [فيه][(٩)] صور[(١٠)] :

---

(١) وقعت هذه العبارة في (ن) و(ق) : « فيما يعم المجهول فيما ليس مجهولًا » .
(٢) في (ن) و(ق) : « نفسه » .
(٣) في (ن) و(ق) : « إما » .
(٤) في (ن) و(ق) : « كالمنفعة » .
(٥) أي : المفروضة للزوجة .
(٦) من (س) .
(٧) من (س) .
(٨) في (ن) : « يثبت » .
(٩) سقطت من (ن) و(ق) .
(١٠) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٧٩- ٨٠) ، « قواعد ابن عبد السلام » (٢/٨٠) .

- **منها** : الخارص[١] هل يكتفي بواحد أم لا بد من اثنين ؟ خلاف خرجوه على أنه هل هو من قبيل الحكم أو الشهادة ؟

- **ومنها** : هلال رمضان، والأصح الاكتفاء بواحد، وبنى الإمام الاختلاف [على أنه من قبيل الشهادة أو الخبر ؟

- **ومنها** : إخبار من يخبر بأن الماء المشمس يورث البرص، ولا خلاف][٢] في اشتراط الأئمة ؛ [لأنه][٢] أمر مشهور في الطب، فقد لا يتعذر العدد .

- ومنها: إخبار مخبر بأن هذا المخبول ينفعه التزويج، فإنه يزوج على الصحيح، وهل يشترط فيه العدد ؟ صرح[٣] به بعضهم .

ومنها : لو اختلف البائع والمشتري فيما هو عيب، فقال في « التهذيب » : يرجع إلى قول واحد من أهل العلم[٤]، واعتبر المتولي شهادة اثنين .

- **ومنها** : في بعث[٥] الحكمين هل يكفي[٦] حكم واحد ؟ فيه وجهان .

قال الرافعي : [ويشبه][٧] أن يقال: لا يشترط أن يجعل حكمًا واحدًا [وكذا][٨] إن جعل [٢١١ن/أ] توكيلًا[٩]، إلا في الخلع يكون على الخلاف في

---

(١) في (ق) : « الحائض » .
(٢) من (ك) .
(٣) في (ق) : « وخرج » .
(٤) في أنه عيب يثبت به الرد .
(٥) في (ن) : « أحد »، وفي (ق) : « أحب »، والمثبت من (ك) .
(٦) في (ن) و(ق) : « هل يكتفي في بعث » .
(٧) من (ك) .
(٨) من (ك) .
(٩) في (ن) و(ق) : « رجلًا » .

تولي(١) الواحد للطرفين فيه .

- **ومنها** : في الباب الثاني في أحكام الوكالة في أداء الشهادة بالتوكيل، أنه إذا كان غائبًا فلا بد من ذكر اسم الوكيل ونسبه ، وقال القاضي أبو سعد : يمكن أن يكتفي بمعرفة واحد ؛ لأنه إخبار لا شهادة .

قاعـــدة

« **بناء العقود على قول أربابها** »(٢) [١٨٨ق/ب] .

ويظهر في مبادئ النظر أن هذه القاعدة قد تخالف قياس الأصول فيمن أحضر ثمارًا وقال: اشتريتها من فلان ، فإنه يجوز الشراء منه مع أنه أقر(٣) بالملك لغيره وادعى حصوله له ، وقوله مع ذلك لولا هذه القاعدة لم يقبل إلا في نظائره من عدم سماع دعوى الإنسان لنفسه شيئًا إلا(٤) ببينة أو إقرار أو يمين مردودة أو نكول(٥) بشرطه .

ومبنى هذه القاعدة أنها لو لم تعتبر انسد باب المعاش .

وفي آخر الوكالة : أن الشخص إذا قال : أنا وكيل في بيع أو نكاح وصدقه من يعامله(٦) صح العقد ، فإن قال الوكيل بعد العقد : لم أكن مأذونًا لي فيه لم يلتفت إليه، ولم يحكم ببطلان العقد ، ذكره الإمام .

---

(١) في (ن) و(ق) : « قبول » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٨٤) ، « قواعد الزركشي » (١/ ١٦٩) .

(٣) في (ق) : « إقرار » .

(٤) في (ن) و(ق) : « بلا » .

(٥) في (ن): « ويكون ».

(٦) في (ق) : « يقابل » .

ولتعلم أن جواز الشراء منه لا يحكم الحاكم فيه بصحة[١] الشراء لو احتيج إلى الحاكم، وهذا كما ذكره الهروي فيما لو قال: أنا وكيل فلان في بيع داره منك فصدقه من يشتريها، فإن البيع صحيح في غير موضع، وكذا في النكاح وسائر العقود، وكذا قال الرافعي ومن تبعه: إن العبد إذا قال: أنا مأذون لا يعامل؛ لأن الأصل العدم، كما لو قال الراهن: أذِنَ المرتهن، بخلاف الوكيل إذا ادعى الوكالة ثم قال الهروي: فإن كانت الخصومة بين يدي القاضي، فقال: أنا وكيل فلان لم يحكم بالوكالة، كالنكاح ينعقد[٢] فيما بين الناس بالمستورين[٣] ولا يثبت النكاح المجحود إلا بشهادة عدلين ظاهري[٤] العدالة، وهذا كما قال بعض الأصحاب فيما لو كان بين جماعة دار أو أرض[٥]، فحضروا إلى القاضي وطلبوا قسمتها بينهم، فإن أقاموا بينة أنها ملكهم أجابهم، وإلا فطريقان أظهرهما أن المسألة على قولين، رجح الغزالي العدم، ورجح الشيخ أبو [٢١١ن/ب] حامد وطبقته الآخر، مع أنهم لو تقاسموا[٦] لم يمنعوا قطعًا.

ومن هذه القاعدة: ما أشار إليه الغزالي من[٧] أن المرأة إذا طلبت من السلطان التزويج أجابها، ولا يكلفها إقامة بينة أنها خلية[٨]، أما إذا جاءت امرأة إلى القاضي

---

(١) في (ن) و(ق): «يصح».

(٢) في (ق): «لم ينعقد».

(٣) أي: بشهادة المستورين.

(٤) في (ن) و(ق): «ظاهرين».

(٥) في (ق): «دارًا أو أرضًا».

(٦) في (ن) و(ق): «لم يقاسموا»، والمثبت من (ك).

(٧) في (ق): «مع».

(٨) يعني: خلية من ولي حاضر، أو نكاح، أو عدة؛ لأن بناء العقود على قول أربابها.

وقالت : كان لي زوج في بلد ، كذا وطلقني أو مات وانقضت عدتي فزوجني ، يقبل قولها ولا يمين عليها ولا بينة ، فإن زوَّجها وحضر زوجُها وادعى النكاح وحلف[(١)] على عدم الطلاق سُلِّمت إليه ، وفرَّق بينها وبين [الزوج][(٢)] الآخر قال : فإن كان [الزوج][(٢)] في البلد ولا بينة على الطلاق أو الموت [١٨٩ق/أ] فلا يزوجها الحاكم حتى يتضح ذلك ، كذا نقله في « الشرح » و« الروضة » في آخر الدعاوى في الفروع المنثورة : لا يزوج حتى يقيم بينة .

- **ومنها** : لو طلقها ثلاثًا وادعت أن غيره أحلَّها جاز له نكاحها سواء وقع في نفسه صدقها أم لا ، قال الغزالي : « **لأن بناء العقود على قول أربابها** » ، وكذا قال الإمام ، قال : « وهو [في][(٢)] مقام بائع لحمًا يجوز أن يكون [من][(٢)] مذكى أو من ميتة » ، قال في « الروضة » : جزم الفوراني [أنه إذا غلب على ظنِّه كذبها لم تحل له][(٣)] ، وتابعه الغزالي على هذا ، وهو غلط عند الأصحاب .

وقد نقل الإمام اتفاق الأصحاب على أنها تحل[(٤)] ، [و] إن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكنًا ، قال : والذي قاله الفوراني غلط ، وهو من عثرات الكتاب .

- **ومنها** : قبول [قول][(٥)] المحدث أنه متطهر في جواز الائتمام [به][(٦)] .

---

(١) في (ن) : « وعزم » ، وهي ساقطة من (ق) .

(٢) من (ن) .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٤) في (ن) و(ق) : « لا تحل » .

(٥) من (ك) .

(٦) من (ك) .

- **ومنها** : قال الماوردي : لو غاب مع زوجته [ثم رجع وذكر موتها حل لأختها أن تتزوج به ، ولو غابت زوجته][(١)] وحضرت أختها وادعت موتها ، فلا تحل له إلا بعد تبين موتها ؛ لأن الأخت لا تملك خلافه ؛ ولأن المعتمد في العقود على قول أربابها ، وكذا لو حضر رجل ومعه جارية علم أنها كانت لغيره ، وادعى كونها صارت له جاز شراؤها منه بقوله ، [و][(٢)] جاز وطؤها ، ذكره في مسألة التحليل[(٣)] من دعوى المرأة في باب المطلقة ثلاثًا عند باب الإيلاء .

قاعـــدة

« كل ما لا يعلم إلا من جهة الشخص يقبل قوله فيه »[(٤)] .

ومن ثم مسائل :

- **منها** : يقبل قولها في الولادة والحيض ، واستشكل بعضهم في كون هذين لا يعلمان [٢١٢ن/أ] إلا من جهتها ، وادعى إمكان إقامة البينة عليها ، وهو في الحيض أبعد منه في الولادة .

- **ومنها** : إذا علق طلاقها بالمشيئة ، أو الرضى ، أو الإرادة[(٥)] ، أو إضمارها[(٦)] بعضه[(٧)] ونحو ذلك .

---

(١) من (ك) .

(٢) من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : « التحامل » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٢٧٨) .

(٥) في (ن) و(ق) : « إيراده » .

(٦) في (ن) و(ق) : « أو إضماره » .

(٧) في (ن) : « بما يعصه » ، وفي (ق) : « بما يقتضيه » .

- **ومنها**: دعوى الأب مقبولة في الاحتياج إلى النكاح.

- **ومنها** : إذا ادعت الحمل وقت الميراث ووقت القصاص.

- **ومنها** : إذا قال : أخرج يمينك فأخرج يساره فقطع ثم اختلفا، فقال المُخرج : قصدت بإخراجها قطعها عن اليمين، فقال القاطع بل[١] أبحتها، صدق المخرج.

- **ومنها** : ما إذا باعه [صاعًا][٢] من صيعان مجهولة الجملة [واختلفا، فقال المشتري : أردت الإشاعة،][٣] وقال البائع : بل أردت البعض فالأرجح: أن القول قول البائع، وأمثلته كثيرة، وعد منها بعض الطلبة إذا قال لزوجته : إن علمت[٤] كذا فأنت طالق متوهمًا[٥] أن علمها لا يعلم إلا من جهتها وأن قولها فيه مقبول، فتطلق إذا قالت[٦] :علمت، ولم أر من نصَّ عليه، وفيه [١٨٩ق/ب] نظر؛ لإمكان إقامة البينة عليه، وتقوى بأن الرجل لو قال لآخر : أنت تعلم أن هذا العبد الذي في يدي حُرٌّ، حكم بعتقه، ذكره الرافعي عن خط الروياني عن بعض الأئمة محتجًا بأنه[٧] لو لم يكن حرًّا لم يكن المقول له عالمًا بحريته، وقد اعترف السيد بعلمه.

وهذا بخلاف ما إذا قال : أنت تظن، وشبهه ما ذكره القاضي شريح في « أدب القضاء » : أنه لو قال: له عليَّ ألف فيما أظن أو أحسب، لم يلزمه، وإن قال : فيما أعلم أو أشهد، لزمه، ويستثنى من هذه القاعدة مسائل :

---

(١) في (ن) و(ق) : « لم ».
(٢) من (ق).
(٣) ما بين المعقوفتين من (ن).
(٤) في (ن) و(ق) : « قلت ».
(٥) في (ن) و(ق) : « متهومًا ».
(٦) في (ن): «قال».
(٧) في (ن) : « به »، وهي ساقطة من (ق).

- **منها** : لا يصدق السفيه في دعوى توقان نفسه واحتياجه إلى النكاح .

- **ومنها** : إذا اختلف الزوجان في أنه نوى الطلاق إذا أتى بلفظ الكناية[1] [فإن الزوج لا يصدق][2] .

قاعـــدة

« **كل دعوى يشترط[3] [فيها][4] أن تكون متعلقة بشخص معين** »[5] .

واختلف في الدم فيما إذا قال : قتله أحدهم وهم[6] جمع يمكن اجتماعهم على قتله، فصحح الغزالي في « وجيزه » استثناءها، والأصح في « المنهاج »، و« الروضة »، وهو ما عزاه الرافعي إلى تصحيح [٢١٢ن/ب] البغوي أن القاضي لا يجيبه، قال الرافعي : ولم يورد جماعة من الأصحاب غيره .

وحاول[7] ابن الرفعة موافقة الغزالي على تصحيح الأول، فقال في « مطلبه » : ومأخذ الخلاف يشبه[8] الخلاف في الدعوى المردودة للحاجة، كما إذا دفع

(١) في (ن): «الكتابة».

(٢) كذا في (ن) و(ق) وإحدى نسخ أشباه ابن السبكي، وفي نسخة أخرى منها : « فإن القول قول الزوج » .

(٣) في (ن) و(ق) : « يشير » .

(٤) من (س) .

(٥) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٣٢/١)، «قواعد ابن عبد السلام» (٥٧/٢-٥٩) .

(٦) في (ق) : « وهو » .

(٧) في (ن) و(ق) : « وجعله » .

(٨) في (ق) : « بمشيئة » .

[ثوبًا][١] قيمته خمسة ليبيعه بعشرة ، ولم يدر هل باعه أو تلف أو هو باق[٢] ، وقد نقل الغزالي عن القضاة أنهم اصطلحوا على قبول هذه الدعوى ، فقضية التشبيه[٣] أن يكون الأمر هنا كذلك ، ولا جرم قال في « الوجيز » : « إنه الصحيح » ، وهو يوافق قول ابن الحداد : إذا أبهم الإيلاء بين امرأتين وحضرتا طالبتين للفيئة أو الطلاق ، يسمع منهما مع إبهام المستحقة ، ويعضده[٤] اتفاق[٥] الأصحاب على سماع الدعوى مجهولة في الوصية؛ لأنه[٦] لو لم تصح الدعوى مع الجهالة لأدى في الغالب إلى ضياع حقه وذلك موجود[٧] في القتل .

قلت : قد أسلفنا أن القاضي حسينًا[٨] يخالف في الوصية ، وقال : لا تصح الدعوى فيها بالمجهول .

ولا خفاء أن الإبهام[٩] فيما ذكره[١٠] من الصور ليس هو في المدعى عليه[١١] حتى يشابه ما نحن فيه ، وإنما هو في مسألة الثوب في المدعى[١٢] به ، وكذا في

(١) من (س) .
(٢) في (ن) و(ق) : « أو اهراق » .
(٣) في (ق) : « الشبهة » .
(٤) في (ن) : «وبعضه» .
(٥) في (ق) : « ونقضه بعض » .
(٦) في (ن) : « لا » .
(٧) في (ن) : « مردود » .
(٨) في (ن) و(ق) : « حسين » .
(٩) في (ق) : « الإمام » .
(١٠) يقصد : ابن الرفعة .
(١١) في (ق) : « ليس هو من الدعوى » .
(١٢) في (ق) : « الدعوى » .

الوصية الدعوى بمجهول لا على مجهول [١٩٠ق/أ].

وفي مسألة الإيلاء الإبهام من المدعي نفسه، فإن الدعوى في الحقيقة من أحدهما، وهي مبهمة[١] لا منهما ولا من معينة، ولكن كأنه يشير إلى أنه لا فرق بين الجهل بالمدعى[٢]، كالمرأتين والمدعى به كاللوث[٣]، والمجهول الموصى به، والفيئة أو الطلاق اللتين يطلب في الإيلاء [إحداهما][٤]، والمدعى عليه كمسألة الدم، والرافعي ذكر في طرق اللوث: لو قال: القاتل أحدهم، ولا أعرفه[٥] لم يمكن الولي من القسامة وله أن يحلفهم، فإن نكلوا بأجمعهم فأراد أن يحلف واحدًا إلى آخر ما ذكره، فقوله[٦]: (وله أن يحلفهم) مقتضاه[٧] صحة الدعوى، فهو موافق لما صححه الغزالي.

تنبيهات

أحدها: أن الغزالي جعل في «وسيطه» محل الخلاف في أنه هل تسمع الدعوى [٢١٣ن/أ] على واحد منهم من أحد العشرة مثلًا؟ وجعل الإمام محلها في التحليف، قال ابن الرفعة: وهو يفهم أن الدعوى لا تسمع جزمًا، وإنما الخلاف في

---

(١) في (ن) و(ق): «منها».

(٢) في (ق): «بالدعوى».

(٣) في (ن): «كالثوب».

(٤) في (ن) و(ق): «اللذين».

(٥) في (ق): «أعرفهم».

(٦) من (س).

(٧) في (ن): «ففعله».

(٨) في (ن): «مقتضيًا».

طلب اليمين[١] ، وذلك أمر لا يعقل [معناه][٢] ، فلذلك نصب الغزالي الخلاف في الدعوى ، ومراده لا يعقل[٣] أي في الخصومات ، وإلا فالساعي يحلف رب المال إذا اتهمه في الزكاة ، ومسائل كثيرة يقع التحليف فيها من غير دعوى .

والدعوى من غير تحليف موجودة أيضًا كالدعوى على [قيم][٤] اليتيم ، وسائر المسائل التي يقبل فيها قول المرء من[٥] غير يمين .

ثانيها : قال في « الوسيط » : لكنهم لو نكلوا[٦] جميعًا أشكل اليمين المردودة على الدعوى المبهمة .

ولم يذكره الرافعي في « شرحه » ولا بينه الفقيه[٧] في« مطلبه »[٨] ، ولعله لوضوحه عنده ، وأن حاصله أن النكول يقتضي اليمين المردودة ، ولا سبيل إليه هنا لأنه لم يعرف عين القاتل فيحلف أنه هو ، فأورد الغزالي هذا الإشكال على من يصحح سماع الدعوى المبهمة ، ولعله من أجله لم يفصح [فيها][٩] بالتصحيح ، خلاف « الوجيز » .

ثالثها : الخلاف [في الدعوى المبهمة يجري][١٠] في دعوى الغصب

---

(١) في (ن) : « العين » .
(٢) من (ق) .
(٣) أي : أن اليمين من غير دعوى لا يعقل .
(٤) من (س) .
(٥) في (ق) : « الموافق » .
(٦) في (ن) و(ق) : « تكلموا » .
(٧) في (ن) : « البينة » .
(٨) يقصد : « ابن الرفعة » .
(٩) من (ن) .
(١٠) من (س) .

والإتلاف ، والسرقة ، وأخذ الضالة على أحد الرجلين[1] أو الثلاثة ، ولا يجري في دعوى القرض والبيع وسائر المعاملات ، وقيل : يجري فيها أيضًا ، وقيل : بل هو مقصور على دعوى الدم .

قاعـــدة

القاعدة : « أن الحالف على فعل نفسه يحلف على البت وعلى [فعل][2] **غيره [على نفي العلم]**[3] **»**[4] وعلى طرد القاعدة وعكسها يقع النظر في مسائل :

- **منها** : أن منكر الرضاع يحلف على [نفي العلم ؛ لأنه ينفي فعل الغير ، ومدعيه يحلف على][5] البت [رجلًا كان أو امرأة ، فلو نكلت عن اليمين رددناها على الزوج، أو نكل الزوج وهو مدعى عليه ورددناها عليها[6] ، فاليمين المردودة على البت[7]][8] ، وعن القفال أنها على نفي العلم كيمين الابتداء .

وعن « الحاوي » : وجهان مطلقان في يمين الزوج إذا أنكر الرضاع ؛ أحدهما :

---

(١) كذا في الأصول ، ولعلها : « الوجهين » .

(٢) من (ن) .

(٣) من (ك) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٩٨) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٣٩/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٥١/٢) ، « قواعد الزركشي » (٧٦/٢) ، وعبر ابن السبكي عن هذه القاعدة بقوله : الحالف على فعل نفسه يحلف على البت ، وإن حلف على فعل غيره فإن كان على إثبات فكذلك– أي على البت– وإن كان على نفي حلف على نفي العلم .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

(٦) في (ن) : « عليه » .

(٧) لأنها مثبتة .

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

أنها على [٢١٣ن/ب] نفي العلم كيمين الزوجة إذا أنكرت ، والثاني : أنها على البتِّ ، والفرق أن في يمين الزوج تصحيحًا للعقد فيما مضى وإثبات استباحته في [١٩٠ق/ب] المستقبل ، فكانت على البت تغليظًا ، ويمين الزوجة لبقاء حق ثبت بالعقد ظاهرًا فيقنع فيه بالعلم ، قال الرافعي : « وليس الفرق يتضح » وصدق رحمه اللّه في ذلك ، وبنى على الوجهين إذا ادعت رضاعًا وشك [الزوج][1] فلم يقع في نفسه صدقها ولا كذبها ، إن قلنا : يحلف على نفي العلم ، فله أن يحلفها هنا ، وإن قلنا : على البت ، فلا ، وأشار في « التتمة » إلى طرد الوجهين في يمين الزوج والزوجة جميعًا ، ووجه كون اليمين على البت أنه ينفي حرمة يدعيها المدعي فيحلف على القطع .

– **ومنها** : لو اختلف الزوجان في الصداق ، جزم الرافعي بحلفها على النفي والإثبات[2] ، ينافي[3] رأى الإمام والقاضي [أنها تحلف][4] أنها لا تعلم أنه تزوجها بألف ، ولقد تزوجها بألفين .

ويتجه أن يُفصَّل ، فيقال : إن عقد عليها في صغرها وهي لا تعلم ، فالحق ما قال الإمام ، وإن استؤذنت وعقد بإذنها ، فالحق ما قاله الرافعي .

– **ومنها** : إذا ادعى عليه تلف عبده ، الأصح : أن يحلف على البت ، كما لو ادعى عليه أنه أتلف بهيمة ؛ لأنه كفعله بدليل أن الغرم يتعلق بما له والدعوى عليه .

– **ومنها** : لو قال لزوجته : إن كان هذا الطائر غرابًا فأنت طالق ، وأشكل الحال لا يحكم بوقوع الطلاق ، فلو ادعت عليه أنها طُلِّقت حلف جزمًا [على نفي الطلاق

---

(١) من (ن) .

(٢) أي : على البت فيهما .

(٣) كذا في (ك)، وفي (ن) و(ق): « ورأى » .

(٤) من (ك) .

كما لو ادعى نسيان المطلقة][1]، ولو ادعت أنه كان غرابًا وأنها طُلِّقت ، لزمه أن يحلف على الجزم بأنه لم يكن غرابًا ، ولا يكتفي بقوله : لا أعلم أنه كان غرابًا ، أو نسيت الحال .

كذا ذكره الإمام، وفرق بينه وبين ما إذا علق طلاقها بدخول الدار ونحوه[2] وأنكر حصوله ، فإنه يحلف [على][3] نفي العلم بالدخول ؛ لأن الحلف هناك على نفي فعل الغير ، وأما نفي الغرابية[4] فهو[5] نفي صفة الغير [٢١٤ن/أ] ونفي الصفة كثبوتها[6] في إمكان[7] الاطلاع عليها .

في « البسيط » ، قال الغزالي : « وفي القلب من هذا الفرق شيء » ، قال الرافعي : ويشبه أن يقال : إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرض لها في الجواب ، أما إذا اقتصر على قوله : ليست بمطلقة ، فينبغي أن يكتفي منه بذلك كنظائره .

قلت : بل لو[8] تعرض له في الجواب ينبغي أن يكتفي منه بنفي التطليق على أحد الوجهين كما في نظائره .

وذكر الرافعي بعد ذلك فيما إذا قال : إن كان غرابًا فأنت طالق ، وإن[9] لم يكن

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٢) في (ق) : « ونحوها » .

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) في (ق) : « الغراب » .

(٥) في (ق) : « فهو الفرق » .

(٦) زاد في (ن) و(ق) هنا : « في إمكانها » .

(٧) في (ق) : « أماكن » .

(٨) في (ق) : « إن » .

(٩) في (ق) : « وإن كان » .

غرابًا فعبدي حر ، وادعى عليه وقال : لا أعلم في أيهما حنث : أن في[(١)] « الشامل » وغيره أنهما [إن][(٢)] صدقاه بقي[(٣)] الأمر موقوفًا[(٤)] ، قال الرافعي ، وهكذا ينبغي أن يكون الحال في استبهام الطلاق بين[(٥)] الزوجين .

وتكلم ابن أبي الدم في « أدب القضاء » على كلام الغزالي السالف ، فقال : من العجب توجه بالعجز عن الفرق بين المسألتين ، وعندي الفرق بينهما [١٩١ق/أ] ظاهر جدًّا ، وذكر ما حاصله أن الدخول فعل الغير ، فيحلف نافيه على نفي العلم وكون الطائر غرابًا [ليس فعل الغير بل هو تعليق على كون هذا الطائر المشاهد موصوفًا بصفة كونه غرابًا ، وإذا لم يكن تعليقًا على فعل الغير بل على تحقيق كونه غرابًا حلف على نفي تلك الصفة الحقيقية على البت بأن هذه الصفة لم توجد .

قال : ونظير قوله : إن كان هذا الطائر غرابًا [بعد][(٦)]][(٧)] مشاهدته ، والجهل بحقيقة تحقق دخول أحد الرجلين إلى الدار والجهل بعينه ، فيقول : إن كان هذا الرجل الكائن[(٨)] في الدار زيدًا فأنت طالق ، فنافي كونه زيدًا يحلف على البت كنظيره في مسألة [الغراب ، ونظير مسألة][(٩)] الدخول من الغراب أن يعرف كونه

---

(١) في (ن) و(ق) : « في أن » .

(٢) من (ك) .

(٣) في (ن) : « ونفي » .

(٤) وإن كذباه حلف على نفي العلم ، فإن حلف فالأمر موقوف .

(٥) في (ن) و(ق) : « نفي » .

(٦) من (س) .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٨) في (ق) : « إن كان » .

(٩) من (س) .

غرابًا ثم يفتقده ويجهل هل طار أو مات[١]، وكان قد حلف على طيرانه، فالنافي لطيرانه[٢] هنا يحلف على نفي العلم.

- ومنها: لو نصب البائع وكيلًا يقبض الثمن ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن [لي][٣] في تسليم المبيع، وترك حق الحبس [٢١٤ن/ب] وأنت تعلم، فأقوى القولين عند النووي: أنه يحلف على البت؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع[٤].

- **ومنها**: لو مات عن ابن في الظاهر، فقال آخر: أنا أخوك والميراث بيننا، [فأنكر][٥] حلف على البت؛ لأن الأخوَّة رابطة بينهما، فهو حالف[٦] في نفسه، ولو طلب البائع تسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالم به فأنكر، حلف على البت؛ لأنه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع [إليه][٧].

كذا ذكر الصورتين ابن القاص ونازعه آخرون، وقالوا: يحلف على نفي العلم وصححه النووي.

- **ومنها**: ادعى على الوارث[٨] دينًا على الميت، فأنكر الوارث العلم به، أصح

---

(١) في (ن): « قل »، وفي (ق): « أقل ».

(٢) وقعت هذه العبارة في (ن) و(ق) كذا: « والثاني يظهر أنه » والمثبت من (س).

(٣) من (س).

(٤) وفي « أشباه ابن السبكي »: « فأحد القولين: أنه يحلف على البت، واختاره أبو زيد؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، وأقواهما- عند النووي-: أنه يحلف على نفي العلم جريًا على القاعدة » (٤٣٩/١).

(٥) من (س).

(٦) في (ن): « خلاف ».

(٧) من (ن).

(٨) في (ق): « البائع ».

الأوجه : الحلف على نفي العلم جريًا على القاعدة .

وثانيها : على البتِّ ؛ لأن الظاهر اطلاعه عليه .

وثالثها : الفرق بين أن يعهده حاضرًا(١) أو غائبًا ، وقد ذكر الرافعي في أثناء الباب الثالث في اليمين من الدعاوى صورًا اختلف فيها في التحالف(٢) على نفي العلم فراجعها منه ، وتأمل هذه المستثنيات هل تستثنى أم لا ؟

قاعـــدة

« [لو](٣) ادعى ما لو أقر به الخصم لنفعه(٤) لكن لم يكن المدعى غير(٥) حق له ، ولم يتضمن تحليف شاهد ولا حاكم ولا أداء ما عليه ، ففي تحليفه خلاف »(٦) ، أما الشاهد والقاضي فلا يحلفان وإن نفع تكذيبهما أنفسهما ؛ لأن منصبهما ينافي(٧) ذلك ، وأما الأداء فإنه ليس في نفسه حقًّا له(٨) ، وينفعه في اندفاع [المدعى](٩) عليه ، ولم يجر فيه الخلاف ، وأجري الخلاف في مسائل :

- **منها :** لو قال : الشهود فسقة ، [أو كذبة ، و](١٠) الخصم عالم ، فهل يحلفه

---

(١) في (ق) : « الخاص » .

(٢) في (ق) : « التحليف » .

(٣) من (ك) .

(٤) في (ن) و(ق) : « لبيعه » ، والمثبت من (ك) .

(٥) في (ن) و(ق) : « عين » .

(٦) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٠٥) ، « قواعد ابن عبد السلام » (٢/٥٩-٦٠) .

(٧) في (ن) : « نافي » .

(٨) في (ن) و(ق) : « جهالة » .

(٩) من (ك) .

(١٠) في (ق) : « وكذبه » .

على نفي العلم ؟ وجهان .

- **ومنها** : لو توجهت اليمين عليه فقال : قد حلفني مرة ، فحلفه[١] أنه ما حلفني ، فوجهان .

- **ومنها** : إذا قذفه فأراد تحليفه أنه ما زنى ، فوجهان ، ويشبه أن يكون الأرجح في الجميع أنه يحلف[٢] ، لكن رجح البغوي في الشهود أنه لا يحلف .

- **ومنها** : لو لم [١٩١ق/ب] يتذكر القاضي الحكم توقف ولا يقول : لم أحكم[٣] ، وهل للمدعي والحالة هذه تحليف [٢١٥ن/أ] الخصم على أنه لا يعرف حكم القاضي ، فيه احتمالان للبغوي [والله أعلم][٤] .

❋ ❋ ❋

(١) في (ن) و(ق) : « فيحلف » .

(٢) في (ق) : « أن يحلفه » .

(٣) في (ق) : « له احكم » .

(٤) من (ن) .

قواعد اختلف فيها الإمامان الإمام مالك والإمام الشافعي رضي الله عنهما[١]

الأولى : اللهو واللعب عند الإمام الشافعي على الإباحة ، إلا أن يقوم الدليل على تحريم [لهو][٢] خاص ، وعند الإمام مالك على الحرمة إلا أن يقوم دليل [على تحليل لعب خاص أو لهو][٢] خاص .

[**الثانية** : لا يعمل بالظن عند الإمام الشافعي إلا أن يقوم دليل خاص][٢] على اعتباره إما في جنس الحكم أو في نوعه ، وعند الإمام مالك لا حاجة إلى ذلك ، فعلى هذا يترك الظن عند الإمام الشافعي ، إلا أن يقوم دليل على إعماله ، ويعمل بالظن عند الإمام مالك إلا أن يقوم دليل على إلغائه .

الثالثة[٣] : أن الاعتبار في تصرفات الكفار التي[٤] يعتقدون حلها دوننا أو حرمتها بنا أو بهم عند الإمام مالك الاعتبار بهم ، وعندنا الاعتبار بنا .

مثاله : أثمان الخمر إذا أتونا بها ، وتيقنا أنها من أثمانها هل نأخذها جزية ؟ عندنا : لا نأخذها ، خلافًا للإمام مالك .

ثم إذا ذبحوا حيوانًا ونكتوا[٥] كبده ، فوجدوه ممنوًّا ، فعند الإمام مالك لا

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٠٨) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٩٠، ٤٣٠) .

(٢) من (ك) .

(٣) في (ن) و(ق) : « الثانية » .

(٤) في (ن) : « الذين » ، وفي (ق) : « الذي » .

(٥) في (ك): «وفتشوا».

نأكله ، وعند الإمام الشافعي نأكله ، والممنو المراد : الذي[١] وجدت كبده ملصوقة بأضلاعه ، وهو حرام عندهم[٢] .

قاعـــدة

« **الجرح مقدم[٣] على التعديل** »[٤] .

إلا إذا قال المعدل : عرفت السبب الذي ذكره الجارح ، لكنه تاب منه وحسنت حالته ، قالوا : تتقدم بينة التعديل هنا ؛ لأن معها زيادة علم ؛ لأن المعدل مبني على ما هو الأصل [الظاهر من حال المسلم ، والجارح اطلع على ما نسخ ذلك الأصل][٥] ونقل عنه .

وشبه[٦] ذلك جماعات منهم القاضي والرافعي ما لو قامت بينة على الحق[٧] وبينة على الإبراء ، تقدم بينة الإبراء ، واستثنى الروياني في « بحره » مسألة زعم[٨] أنه

---

(١) في (ن) و(ق) : « التي » .

(٢) في (ق) : « عنده » .

(٣) في (ن) : « يقدم » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٤٤) ، وانظر : « قاعدة في الجرح والتعديل » لابن السبكي (ص : ٩) ، « البرهان في أصول الفقه » للجويني (١/٣٩٩) ، « أصول السرخسي » (ص : ٢٩٧) ، « المستصفى » للغزالي (ص : ١٢٩) ، « الإحكام » للآمدي (٢/١٠٧) ، « الإبهاج » للسبكي (٢/٣٥٧) ، « إرشاد الفحول » للشوكاني (١/٣٣١) .

(٥) من (س) .

(٦) في (ق) : « ونسب » .

(٧) في (ق) : « الحلف » .

(٨) في (ق) : « يزعم » .

لا يستثنى سواها ، وهي إذا جرحه اثنان في بلدٍ ثم انتقل إلى بلد آخر . وزكاه اثنان ، أو جرحه اثنان في سنة ثم زكاه آخران في سنة فيقدم التعديل [لزيادة العلم[١]][٢] .

فـرع : شهد شاهدان أن هذا الجارح شاهد زور أو كاذب فيما شهد به من الجرح ، فالذي يظهر اندفاع الجرح [٢١٥ن/ب] ، ولا يتجرح به الجارح ، وقد ذكر الرافعي في « جوامع أدب القضاء » : أن شهادة الزور إنما تثبت بإقرار الشاهد أو بيقين[٣] القاضي بأن شهد أنه زنى يوم كذا بالكوفة ، والقاضي رآه[٤] ذلك اليوم ببغداد، ولا يغني قيام البينة على أنه شهد زورًا[٥] ، فقد تكون هذه البينة بينة زور.

وقال الإمام الشافعي : « وإذا علم من [١٩٢ق/أ] رجل بإقرار أو[٦] بينة أنه شهد عنده[٧] بزور عزَّره » ، ومقتضاه الاكتفاء بقوله : هذا شاهد زور ويجرح به الجارح .

وقال القاضي في باب ما على القاضي في الخصوم والشهود : « ولو شهد[٨] بأن ذينك[٩] الرجلين شهدا بالزور ، فالقاضي لا يسمع شهادتهما إلا أن يقول : أشهد أنهما أقرا أنهما شهدا بالزور » .

---

(١) في (ن) : « التعديل » .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : « بتعيين » .

(٤) في (ن) و(ق) : «يراه» .

(٥) في (ن) و(ق) : « زور » .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) في (ن) و(ق) : « عليه » .

(٨) في (ن) و(ق) : « شهدا » .

(٩) في (ن) و(ق) : « ذلك » .

فرع : الجرح لا يقبل إلا مفسرًا إلا إذا قال الشاهد : إنه مجروح ، فإنه يقبل قوله وإن لم يفسر، كما ذكره القاضي أبو سعد[(١)] الهروي [في إشرافه][(٢)]، وصرح النووي في « شرح مسلم » بأنه إذا أطلق الجرح ولم يبين سببه توقفنا لأجله ولا نحكم بمقابله .

فائدة : التائب[(٣)] من المعصية قد يستبرأ وقد لا يستبرأ[(٤)] في صور :

- **منها** : الشاهد إذا شهد فردت شهادته ثم تاب ، فلا بد من استبراء .

- **ومنها** : القاضي إذا تعين عليه القضاء وامتنع عصى ، فلو أجاب بعد ذلك وُلِّي ولم يستبرأ، واستشكل الرافعي وقال أيضًا : ينبغي أن يستتاب[(٥)]، فإن تاب ولي وجوز أن يكون الامتناع من الكبائر .

- [**ومنها** : [الولي][(٦)] إذا عضل عصى ، فلو زوج بعد ذلك صح ، وإن منعنا ولاية الفاسق ولم يستبرأ][(٧)] .

- **ومنها** : الغارم إذا غرِم في معصية، ولم يتب لم يدفع إليه من سهم الغارمين على المشهور، وفيه وجه: إن تاب فوجهان معروفان صحح بعضهم

---

(١) في (ق) : « أبو سعيد » .

(٢) من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : « كلما ثبت » ، والمثبت من (ك) .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٩٧) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٨٤٢) ، « قواعد الزركشي » (١/٤١٣) ، ومعنى الاستبراء هنا : التأكد من صدقه في التوبة والتحقق في أفعاله وتصرفاته ، وقيل : هو طلب البراءة من الشبهة .

(٥) في (ن) : « يستأنف » .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

الإعطاء، وبعضهم عدمه، ويمكن صاحب هذا الوجه أن يفرق بينه وبين الخارج في معصية إذا أراد الرجوع[١] يعطى من سهم ابن السبيل ، فإن المعطى قدر الحاجة في الأيام المتحقق به زوال المعصية ولا فضيلة له [فيه][٢]، والغارم ربما اتخذ الاستدانة في المعصية عادة [٢١٦ن/أ] ويجعل التوبة ذريعة إلى وفاء ذلك الدين .

قاعــدة

« كل ما جاز للإنسان أن يشهد به جاز له أن يحلف عليه ولا ينعكس »[٣].

قاله الجرجاني والروياني ، واستدلا[٤] بأن باب اليمين أوسع؛ إذ يحلف الفاسق والعبد ومن لا تقبل شهادته[٥] ثم لا يشهدون، وفيه مسائل :

- **منها** : إذا أخبره صادقٌ[٦] أن فلانًا قتل أباه أو غصب ماله، جاز له أن يحلف ولا يشهد .

- **ومنها** : لو رأى بخطه أن له دينًا على رجل وأنه قضاه حقه، فله الحلف إذا قوي عنده ولا يشهد .

---

(١) في (ق) : « الخروج » .

(٢) من (ن) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٤٤/١)، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٨٥١/٢)، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢٣٤/٢)، « قواعد الزركشي » (١١٦/٣) .

(٤) في (ن) و(ق): «واستدل».

(٥) في (ن) : « بشهادة » .

(٦) في (س) : « إذا أخبره صادقان » ، وفي (ن) و(ق) : « إذا أخبر صادقًا » .

قاعـــدة[١]

« **كل حر [يقبل خبره]**[٢] **تقبل شهادته** »[٣] .

إلا واحدًا وهو من أخرج[٤] القذف مخرج الشهادة ولم يتم العدد، فإنه ترد شهادته ويقبل خبره، قاله الجرجاني [والروياني][٥] في فروقه، وهو غريب لم أره في كلام غيرهما، وقضية رد الشهادة رد خبره أيضًا إلا أن يتوب[٦] ، نعم المذهب عدم الاستبراء[٧]، والصبي لا يقبل خبره على الأصح كشهادته[٨] .

قاعـــدة

« **المستند في الشهادة**[٩] **قد يضر**[١٠] **التصريح به** »[١١] ، في[١٢] صور :

---

(١) سقطت من (ن)، وفي (ق): «ومنها».

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٤٤) .

(٤) في (ن) و(ق) : « أخر » .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٦) في (ن) و(ق) : « يفوت » .

(٧) أي : عدم اشتراط مدة الاستبراء .

(٨) أي أن قول الجرجاني والروياني في القاعدة : « كل حر » لا ينتقض بالصبي ، فإن الأصح فيه أنه لا يقبل خبره كما لا تقبل شهادته .

(٩) في (ن) و(ق) : « الشيء » ، والمثبت من (ك) .

(١٠) في (ن) : « يغير » ، وفي (ق) : « يصير » .

(١١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٢٦٣) .

(١٢) في (ن) : « فيه » .

- **منها** : لو قال الشاهد فيما تجوز فيه [١٩٢ق/ب] شهادة الاستفاضة : مستندي الإفاضة ، لم تسمع شهادته[١] ، وحكي عن أبي عاصم العبادي أنه لو شهد شاهد بملكه و[شاهد][٢] آخر بكونه يتصرف فيه مدة طويلة بلا منازع تمت الشهادة، وقال الشارح لكلامه : هذا يصير به[٣] إلى الاكتفاء بذكر السبب .

قال الشيخ زين الدين[٤] : إذا ذكر هذا المستند ففيه شيء من جهة أن المستند[٥] في شهادة الاستفاضة القرائن، وما يحصل من الاستفاضة لا نفس الاستفاضة ، نعم لا يصح أن يقول : [أشهد][٦] أن ثم مستفيض كذا وكذا جزمًا ، أو سمعت الناس يقولون[٧] ، وحكى ابن الرفعة في آخر باب الشرط في الطلاق عند الكلام فيما لو[٨] قال : إن دخلت الدار فأنت طالق، عن ابن أبي الدم أنه قال في مصنفه في « أدب القضاء » : إن الشاهد إذا قال : [إن][٩] مستندي الإفاضة قبل أن يشهد، فإن شهادته لا تسمع على الأصح .

- **ومنها** : لو علم سبب [٢١٦ن/ب] الملك وجُوِّز زواله[١٠]، جاز له الشهادة بالاستصحاب ، فإن صرَّح بأن مستند شهادته الاستصحاب بطلت الشهادة على

---

(١) قال ابن الوكيل : « ولم أره منقولًا وإن كانت مستنده أو لا سبيل له إلا هي » .

(٢) من (ق) .

(٣) في (ق) : « يصيره » .

(٤) يعني : زين الدين بن الوكيل ، وفي (ق) : « صدر الدين » .

(٥) في (ق) : « المستدعي » .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ن) و(ق) : « يفعلون » .

(٨) في (ق) : « إذا » .

(٩) من (ق) .

(١٠) في (ق) : « وجوزنا له » .

اختيار الجمهور، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي وحركة الحلقوم، وقال القاضي: يقبل لأنه [لا][١] مستند له إلا الاستصحاب، بخلاف قرائن الرضاع، فإنها لا تنحصر.

قال الشيخ زين الدين: هذا فيما يظهر ليست نظير المسألة، لكن قد يكون المراد إذا صرح في هذه بالمستند [وهو الامتصاص والحركة؛ فإنه لا يثبت به الرضاع جزمًا، فكذا في الأخرى إذا صرح بالمستند][٢].

- **ومنها**: لو قال لزوجاته: أيتكن حاضت فصواحباتها[٣] طوالق، فقالت إحداهن: حِضتُ، فصدّقها، وقع على [كل][٤] واحدة طلقة، وتصديقه إياها ليس مستنده يمينها[٥]، فإنها لا تحلف في حق غيرها[٦] والقطع غير ممكن والظن مشكل بما لو صرَّح[٧] بالمستند، وقال: سمعتها وأنا أجوِّز أن تكون صادقة وكاذبة ويغلب على ظني صدقها، فإنه لا يحكم بوقوع الطلاق عليهن، ثم قوله: صدقت ليس هو إنشاء، وإنما هو إقرار، [وكل إقرار][٨] له مستند، ولا مستند [له][٩] إلا ما صرح به، فلا معنى لقول القائل: إنا نؤاخذ الزوج بموجب إقراره مع[١٠] علمنا

---

(١) سقطت من (ن).

(٢) من (ك).

(٣) في (ق): « فصواحبها ».

(٤) من (ق).

(٥) في (ن) و(ق): « منهما ».

(٦) في (ق): « في غير حقها ».

(٧) في (ن): « بالوضوح ».

(٨) من (ك).

(٩) من (ن).

(١٠) في (ق): « ثم ».

بأنه لا مستند له، إلا ما [لو][١] صرح به لم يقبل، وقد قال الإمام الشافعي : لو أقر [السيد][٢] بوطء أمته لحقه الولد ، فإنه لو استلحقه لم يكن له معنى إلا أنه وطئ أُمَّهُ ، وحكى الإمام عن بعض أكابر العراق عن القاضي أبي الطيب أنه حكى عن الشيخ أبي حامد[٣] ترددًا في أن الحكم بوقوع الطلاق إذا صدقها لهذا الإشكال .

قال الإمام : وتتبعت طرائق الشيخ أبي حامد[٤] فلم أجد التردد المذكور فيها ، ثم قال الإمام : لا وجه إلا ما أطبق عليه الأصحاب ، ومستنده أن اليمين من الحجج الشرعية ، وإذا [١٩٣ق/أ] جوزنا[٥]أن تحلف على نية زوجها في الكناية[٦] بالمخايل[٧] ، فإنها ليست قطعية ؛ إذ لو كانت قطعية لما قبل قول الزوج أنه [لم][٨] يرد بالكناية الطلاق ، فإذا كانت المخايل[٩] مستندًا لحلفها جاز أن يكون مستندًا لإقرار الزوج بصدقها .

وذكر غير الإمام فيما إذا[١٠] قال [٢١٧ن/أ] : إن حضت فضرتك طالق[١١] ، ثم قالت : حضت وصدقها طلقت الضرة ، وإن كذبها لم تطلق ، فإن تصديقه إنما

---

(١) من (ك) .
(٢) من (ك) .
(٣) في (ن) : « أبو محمد » ، وفي (ق) : « محمد » .
(٤) في (ن) و(ق) : « أبي محمد » .
(٥) في (ق) : « زوجنا » .
(٦) في (ن) و(ق) : « الكتابة » .
(٧) في (ن) و(ق) : « بالمحامل » .
(٨) سقطت من (ق) .
(٩) في (ن) و(ق) : « للحامل » .
(١٠) في (ق) : « لو » .
(١١) في (ن) و(ق) : « فضراتك طوالق » .

يستند إلى القرائن، ولو صرح بها لم تطلق، بل لا بد من الجزم بالتصديق ليكون إقرارًا وتصير حجة شرعية كالبينة في غيره .

وفيما رواه الإمام عن بعض أكابر العراق - لعله الشيخ أبو إسحاق الشيرازي - والحاصل : أن من الأشياء ما يعلم أن المستند من الإخبار به [أمر][1] ، ولو أخبر به قُبل ، ولو أخبر بمستنده لم يقبل ؛ كالشهادة بالملك سمع من غير بيان السبب ، ولو ذكر السبب دون الجزم بالملك لم يقبل ، وكذا الشهادة بالرضاع ، ولو ذكر ما شاهده من القرائن لم يفد ، بل لا بد من التصريح[2] بكون[3] بينهما رضاع محرم ، وكذا في مسألة الزوج ، وفي « فتاوى القاضي » : أن حق إجراء الماء على سطحه ، وأرضه تجوز الشهادة [به][4] إذا رآه مدة طويلة بلا مانع ولا يكفي قول الشاهد : رأيت ذلك سنين ، وإن كان مستند شهادته .

فائدة : « [العدالة][5] هيئة راسخة في النفس تمنعها عن اقتراف الكبائر والرذائل المباحة »[6] ، كما قررنا في « الكافي [في][7] شرح منهاج البيضاوي » وشرط بعض أصحابنا [مع][7] ذلك أن لا يكون متلبسًا بالمعصية حال الشهادة ؛

(١) من (ك) .
(٢) في (ن) و(ق) : « التعريض » .
(٣) في (ن) : « ليكون » .
(٤) من (ك) .
(٥) سقطت من (ق) .
(٦) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٥٠) ، وانظر :
« المستصفى » للغزالي (ص : ١٢٥) ، « الإبهاج » للسبكي (٢/٣٤٩) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٦٨١) ، « قواعد العز بن عبد السلام » (١/١٠٩) ، « قواعد الزركشي » (٢/٣٧٤) .
(٧) من (ن) .

لأن المعاصي من حيث هي منافية لها[١].

وفيه مسائل:

- **منها**: لو ادعى واحد على اثنين أنهما رهنا عنده عبدهما، فزعم كلٌّ أنه لم يرهن نصيبه وأن شريكه رهن، وشهد عليه، ففي قبول شهادته وجهان حكاهما الرافعي في باب الاختلاف في الرهن، وقال الشيخ أبو حامد: لا تقبل لأن المدعي يزعم أن كل واحد منهما كاذب ظالم في الجحود، وطعن المشهود [له][٢] في الشاهد مانع من قبول شهادته، وقال الأكثرون: [لا][٣] تقبل لأنهما ربما نسيا، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق، وجزم صاحب «البحر» في باب من تجوز شهادته ومن لا تجوز: بأنه لو كذب عن قصد رُدَّت شهادته، وإن لم يكن فيما يقوله ضرر من تهمة أو بهتان، فإن الكذب حرام [٢١٧ن/ب] بكل حال.

وقال القفال: إلا أن ينزل ذلك على [١٩٣ق/ب] مذهب الكُتَّاب والشعراء في المبالغة في الكلام.

- **ومنها**: قال القاضي في كتاب الطهارة في الأواني: إذا جلس شهود النكاح على الحرير لم ينعقد النكاح بهم، فقيل: لأنهم فسقة، واعترض بأنهم لا يفسقون به لكونه ليس بكبيرة، والأشبه أن يعلل بأنهم حال[٤] الشهادة ظهر منهم ما يضعف الوثوق بهم، وعلى هذا لا تقبل شهادة الشاهد برشد لابسٍ للحرير؛ إذ حَاله تقتضي

(١) قال تاج الدين بن السبكي: «إلا أنا اغتفرنا الصغائر لقلة الصون عنها ولا يقبل ذلك، عند أداء الشهادة، فلمنصب الشهادة أهبة تنافي المعاصي عنده، وكان هذا للمحافظة على هذا المنصب؛ فإن من يتلبس بالمعصية حالة الشهادة كأنه لا مروءة له» (٤٥١/١).

(٢) من (س).

(٣) سقطت من (ن).

(٤) في (ق): «كان».

أنه ليس برشيد، فليجتنب عنه .

[- منها : أن الكافر إذا صال يجب دفعه ولا يجوز الاستسلام له، ولو كان دينًا قال الإمام في الذمي : الوجه القطع بذلك ؛ لأنه بصياله ناقض لعهده، وقول من قال : الذمة لا تنقضي بالقتل وجه ضعيف، ثم لا حرمة للذمة حال القتال والصيال][١] .

- **ومنها** : لو وجد رجلًا يزني بامرأته جاز له التعجيل بقتله، صرح به صاحب « الحاوي »، و« البحر »، قالا : ويجوز التغليظ حالة[٢] وقوع المعصية[٣].

فائدة : من أنكر حقًّا لغيره ثم أقر به قبل، إلا في صور[٤] :

- **منها** : إذا ادَّعى [عليها][٥] زوجية، فقالت : زوجني الولي بغير إذني ثم صدقته، قال الشافعي[٦] : لا يقبل منها، وأخذ بهذا[٧] النص أكثر العراقيين منهم الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، وغيرهم، وقال غيرهم : يقبل، وصححه الغزالي في « الوجيز »، وتردد الإمام في المسألة .

- **ومنها** : لو قالت الرجعية : انقضت عدتي ثم صدَّقت الزوج، وقالت : لم

---

(١) ما بين المعقوفتين من (ن) .

(٢) في (ق) : « حال » .

(٣) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « الغصب » .

(٤) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٢٥) ، « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٣٤٧/١) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٧٩٩/٢) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢٤٥/٢) ، « قواعد الزركشي » (١٩٨/٣) .

(٥) من (ك) .

(٦) في (ن) و(ق) : « الشيخ » .

(٧) في (ق) : « بعد هذا » .

تنقض، قيل: على قولين، وفرق بينهما من جهة أن ابتداء النكاح يراعى فيه الشروط، والزوج بما حاوله أراد استيفاء ملك النكاح.

ويحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء، ولأن الإذن[١] منفي بالأصل، كما أن انقضاء العدة منفي بالأصل أيضًا، واستغرب القاضي أبو سعد[٢] الهروي النص فقال: لا يقال: النكاح خطر، فإن القتل العمد والزنا أشد خطرًا، ويقبل قوله في الرجوع، ثم خرج ذلك على أصل، وهو أن رد الإقرار [٢١٨ن/أ] هل يبطل حكمه [فيه قولان؛ وجه عدم الإبطال: أن الإخبار لا يبطل][٣] بتكذيب المخبر له المخِبر، ووجه الإبطال: أن الإقرار يلزمه[٤]؛ لاحتمال الصدق، وتكذيب[٥] صاحب الحق ينفعه، فقارب قول شخص مكره أقر كاذبًا لزيد بعشرة له على عمر، وقال: وعلى هذا إن ادعى المقر للمقر به بعد رد المقر له، جوزه ابن سريج، وهذا على قولنا لا يبطل، قال: ثم مشهور المذهب أن الزوج منكوح وناكح، وكذلك المرأة نص عليه في باب الغرور، قال: وكأن الزوج أقر لها بملك النكاح وكذبته [ثم][٦] صدقته، ففي قول بطل حكم الإقرار برد المقر إياه [فلا ينفع التصديق بعد التكذيب، وفي الثاني لم يبطل، فكان النص جوابًا][٧] على الأول، وعليه ينبني

(١) في (ن) و(ق): «الأداء».
(٢) في (ق): «أبو سعيد».
(٣) من (ك).
(٤) في (ن) و(ق): «يكذب».
(٥) في (ن) و(ق): «ويكذب».
(٦) من (ك).
(٧) سقطت من (ن).

الوجهان اللذان ذكرهما الأصحاب في دعوى المرأة النكاح من غير تعرض بشيء من حقوقه، فمن قال : الزوج منكوح صحح الدعوى إذا قيل : تصح الدعوى بالدين المؤجل، ومن قال : ليس منكوحًا لم يصحح .

قاعـــدة

«الشهادة بما تختلف المذاهب في شروطه وتفصيل [١٩٤ق/أ] **أحواله إن تعرضت لذلك قبلت، وإن لم تتعرض ففيه صور»**[١] .

الأولى : الشهادة على البيع وسائر العقود هل تقبل مطلقة ؟ فيه وجهان تقدما في الطهارة .

الثانية : الشهادة على الردة، وفيها وجهان : أحدهما : عدم القبول لاختلاف العلماء، والظاهر : القبول، وفي هذين الفرعين نظير مسألة الإخبار عن تنجيس الماء كما سلف في الطهارة، نص عليه الإمام الشافعي والأصحاب في الموافق في المذهب، والغزالي في المخالف .

الثالثة : مسألة الدار .

الرابعة : مسألة الشفعة[٢] . **الخامسة** : الشهادة على أنه وارث .

السادسة : مسألة العبد . **السابعـة** : مسألة الحاكم .

الثامنة : مسألة الاستفاضة وقد تقدم ذلك في الطهارة[٣] فراجعها من ثم[٤]

---

(١) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص : ٣٣٤)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (٢/٨٣٦)، «قواعد الزركشي» (٢/١٩٣) .

(٢) في (ق) : «السفه» .

(٣) في (ق) : «الظهار» .

(٤) في (ق) : «منه» .

التاسعة : الشهادة المطلقة على أن بينهما رضاعًا محرمًا[١]، فالأصح : أنه لا يقبل ؛ بل لا بد من التفصيل ، واستحسن الرافعي التفصيل بين الفقيه وغيره ، قال : ويترك الكلامان على هاتين الحالتين، وتخصيص الخلاف بما إذا لم يكن المطلق فقيهًا موثوقًا[٢] بمعرفته [٢١٨ن/ب] وقد سبق مثله في الإخبار عن نجاسة الماء وغيره ، وإذا قال : هي أختي من الرضاع ، ففي « البحر » وغيره : أنه لا حاجة إلى التعرض للشرائط إن كان من أهل الفقه ، وإلا ففيه وجهان ، وفرق بين[٣] الإقرار والشهادة بأن المقر يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق، وقد ظهر بهذه القاعدة أن الاكتفاء بإطلاق الفقيه[٤] مضطرب في المذهب .

العاشرة : الشهادة[٥] على الإكراه هل يلزم الشاهد ذكر صفته ، قال الغزالي في « فتاويه » [السؤال][٦] الثامن والثلاثون : إن جوز القاضي أن ذلك يستبهم[٧] على الشهود ، فله السؤال ، وإن سأل فعليهم التفصيل، وإن علم من حال الشهود أنهم عارفون بحد الإكراه ، ولا يشهدون [به][٨] إلا عن تحقيق ، فله أن لا يكلفهم التفصيل .

الحادية عشرة : الشهادة والإقرار بشرب الخمر هل يكفي[٩] الإطلاق ؟

---

(١) في (ن) و(ق) : « رضاع محرم » .

(٢) في (ن) و(ق) : « موافقًا » .

(٣) وفي (ن): «أن».

(٤) في (ن) و(ق) : « السنة » .

(٥) في (ن) و(ق) : « الشاهد » .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ن) و(ق) : « بينهم » .

(٨) من (ن) .

(٩) في (ق) : « يكون » .

أم لا بد من التعرض لكونه كان عالمًا بأنها[١] خمر وأنه مختار في شربها؟ الأصح: الأول.

الثانية عشرة: الشهادة على الشهادة يشترط أن يبين الفرع عند الأداء جهة[٢] التحمل؟

الثالثة عشرة: لو مات عن ابنين مسلم، ونصراني، فقال المسلم: مات مسلمًا، وقال النصراني: مات نصرانيًّا، وأقاما بينتين، فإن عرف أنه كان نصرانيًّا قُدمت بينة المسلم، فإن قيّدت بينة [١٩٤ق/ب] النصراني أن آخر كلمته النصرانية قدمت [ويشترط في بينة النصراني تفسيرها بما يختص به النصراني][٣] كالتثليث، وهل يجب التبين في بينة المسلم بتفسير[٤] كلمة الإسلام؟ فيه وجهان، لأنهم [قد][٥] يتوهمون[٦] ما ليس بإسلام إسلامًا.

الرابعة عشرة: لو اعترف الراهن أن العبد مرهون بعشرين[٧]، ثم ادعى أنه رهنه أولًا بعشرة [ثم بعشرة][٨] من غير فسخ للأول، فيكون الرهن الثاني فاسدًا، وأنكر المرتهن صُدِّق[٩]، ....

---

(١) في (ق): «أنه».
(٢) في (ن) و(ق): «من جهة».
(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن).
(٤) في (ق): «بغير».
(٥) من (ق).
(٦) في (ن) و(ق): «يفهمون».
(٧) في (ق): «على عشرين».
(٨) من (ك).
(٩) في (ن): «صدقه».

فإن قال [هو][1] في جوابه فسخنا الرهن الأول ، واستأنفنا الرهن بعشرين ، فهل يُصدق المرتهن[2] لاعتضاده[3] بقول الراهن : هو رهن بعشرين ؟ أم يُصدق الراهن ؛ لأن [٢١٩ن/أ] الأصل عدم الفسخ ؟ وجهان ، وميل الصيدلاني إلى أولهما ، وصحح[4] البغوي الثاني ،وزاد فقال : لو شهد شاهدان أنه رهن بألف ثم بألفين لم يحكم بأنه رهن بألفين، ما لم يصرحا في الثاني بأنه كان بعد فسخ الأول .

الخامسة عشرة : قال الماوردي في كتاب التفليس فيما إذا [ثبت إعسار المفلس][5] ثم ادعى الغريم أنه استفاد مالًا وأيسر وأقام بينة[6] ، نظر إن قالوا : نشهد أنه قد أيسر لم يحكم بشهادتهم حتى يذكروا بأنه صار موسرًا ويصفوه إن[7] كان غائبًا ، ويعينوه إن[8] كان حاضرًا ، ثم إن شهدوا [له][9] بملك ذلك التالف[10] ، لم يحتج إلى سؤاله ويقسمه بين غرمائه .

ويقرب[11] من هذا المقام أنا إن قلنا : بقبول إقرارها بالنكاح- كما هو الجديد- فهل يكفي إطلاق الإقرار أم لا بد من تفصيل؟ فتقول : زوجني منه ولي

---

(١) من (ق) .

(٢) في (ن) : « الرهن » .

(٣) في (ن) و(ق) : « لاعتقاده » .

(٤) في (ق) : « ورجح » .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

(٦) وكان ذلك فيما إذا ثبت إعسار المفلس .

(٧) في (ن) : « أنه » .

(٨) في (ن) : « أنه » .

(٩) من (ك) .

(١٠) في (ن) : « الثالث » .

(١١) في (ن) و(ق) : « ويقول » .

بشاهدين[١] عدلين ورضائي إن كان رضاها معتبرًا ، وجهان بناء على دعوى النكاح هل تسمع مطلقة أم يجب التفصيل ؟ والأصح : الثاني ، على أن الخلاف في الدعوى المتعلقة بالمال من العقود كالبيع والإجارة والهبة ، فابن سريج على اشتراط التفصيل ، وذكر المشروط كالنكاح ، وقيل : إن تعلق العقد بجارية اشترط احتياطًا للبضع ، وإلا فلا ، والنص على عدم الاشتراط مطلقًا لخفة هذا الباب عن باب النكاح .

قلت : ورأيت في « فتاوى القفال » أنه إذا شهد على رجل أنه بالغ سمع ، وإن لم يعنوا بأي وجه بلغ ، كما لو أقر بألف درهم وشهدوا على إقراره ولم يبينوا من أي وجه ثبت ، أما إذا شهدوا بأنه بلغ بالسن ، فلا بد من البيان لاختلاف الناس فيه ، فإن شهدوا [١٩٥ق/أ] بأنه استكمل خمس عشرة سنة سمعت ، إذا كانوا من أهل الخبرة .

قاعـــدة

«ما ثبت على خلاف الظاهر فيه صور»[٢] :

الأول : [لو ادعى][٣] التقي[٤] العدل الصدوق على المشهور بالفجور وغصب الأموال وإنكارها أنه غصب درهمًا واحدًا على هذا فأنكر ، فالقول قوله ، وإن كان على خلاف الظاهر .

الثانية : لو ادعى هذا الفاجر[٥] على هذا التقي[٦] وطلب يمينه حلفناه ، مع كون

(١) في (ن) و(ق) : « وشاهدين » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٦٦) ، « قواعد العز بن عبد السلام » (٢/٢٢١) .

(٣) في (ق) : « المقر » .

(٤) في (ن) و(ق) : « البغي » .

(٥) في (ق) : « القاضي » .

(٦) في (ن) و(ق) : « البغي » .

الظاهر كذبه [٢١٩ن/ب] في دعواه .

الثالثة : لو ادعى إنسان على الخليفة أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابّه، فتصح الدعوى على الأصح مع كونه مستحيلًا عادة وهو مشكل ؛ فإن القاعدة في الإخبار في الدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها : أن ما كذبه العقل والعادة فهو مردود ، وما أبعدته[1] العادة من غير إحالة فله رتب في القرب والبعد، وقد تختلف فيها ، فما كان أبعد وقوعًا فهو أولى [بالرد ، وما كان أقرب وقوعًا فهو أولى][2] بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة .

الرابعة : لو أتت الزوجة بولد لدون أربع سنين من حين الطلاق بلحظة وبعد انقضائها[3] بالإقرار، فإنه يلحقه، مع كون الغالب الظاهر خلافه؛ وإنما لحق لأن الأصل عدم الزنا وعدم الوطء بالشبهة والإكراه ، فغلب الأصل على الظاهر، ولم يجر فيه الخلاف في تعارض الأصل والظاهر .

الخامسة : لو أتت بولد لستة أشهر أي ولحظتين من حين العقد؛ فإنه يلحقه مع ندرة الولادة في هذه المدة .

السادسة : لو زنى بها إنسان[4] ثم تزوجت وأتت بولد لتسعة[5] أشهر من حين الزنا ولستة أشهر من حين العقد والزوج ينكر الوطء ، فإنا نلحقه بالزوج مع[6] ظهور

---

(١) في (ن) و(ق) : « أنفذته » .

(٢) من (ق) .

(٣) أي : العدة .

(٤) في (ن) و(ق) : « اثنان » والمثبت من (ك) .

(٥) في (ن) و(ق): «لسبعة».

(٦) في (ن) : « من » .

صدقه بالأصل(١) والغالب ، وهذا لأنه يمكنه(٢) دفع الضرر عن نفسه باللعان ، وإنما المشكل أن يلتزم بضرر لا يقدر على دفعه عن نفسه .

فائدة : قد يظن أن الولد لا يلحق إلا لستة أشهر(٣) ، وهو خطأ ؛ فإن الولد يلحق بدون ذلك ، ولو جنى على الحامل وألقت جنينًا لدون ستة(٤) أشهر ، فإنه يلحق بأبويه(٥) وتكون الغُرَّة لهما ، وكذا لو أجهضت بغير جناية لكانت مؤنة تجهيزه وتكفينه على أبيه ، وإنما(٦) يتقيد بستة أشهر الولد الكامل دون الناقص .

السابعة : لو وطئ أمته ثم استبرأها بقرء(٧) ، ثم أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء ، فإنه لا يلحق على الأصح المنصوص وهو مشكل ؛ لأن الأمة فراش حقيقي وهذه مدة(٨) غالبة ، فكيف لا يلحق الولد [١٩٥ق/ب] بفراش حقيقي مع غلبة المدة [٢٢٠ن/أ] ويلحق بإمكان الوطء في الزوجة مع قلة المدة وندرة الولادة في مثلها .

الثامنة : لو ادعى العنين أنه وطئ في مدة(٩) السنة وأنكرته ، فالقول قولها(١٠) مع

---

(١) في (ن) و(ق) : « بالأجل » .

(٢) في (ن) و(ق) : « لا يمكنه » .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٦٧) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (١/٤٤٠) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٣٠٠) ، « قواعد العز بن عبد السلام » (٢/٢٢٢) .

(٤) في (ن) و(ق) : « لستة » ، والمثبت من (ك) .

(٥) في (ن) و(ق) : « بدونه » .

(٦) في (ن) و(ق) : « وفيما » .

(٧) في (ق) : « بغرة » .

(٨) في (ق) : « قاعدة » .

(٩) في (ن) و(ق) : « هذه » .

(١٠) كذا في (ن) و(ق) وفي (ك) : « قوله » .

ظهور صدقه [بالأصل][(١)] والغلبة ، وكذا لو تنازع الزوجان في الوطء مع جريان الخلوة ، فالأصح أن القول قول المنكر مع كونه خلاف الظاهر .

التاسعة : لو قال : [له][(٢)] عليَّ مال عظيم ، فإنه يقبل تفسيره بأقل ما يتمول به ، وعللوه بأن العِظَم لا ضابط له لاختلافه باختلاف الناس ، فالدينار[(٣)] الواحد عظيم عند الفقير [حقير عند الأمير فلما[(٤)] تعذر الضبط][(٥)] حمل على ما يحتمله اللفظ في اللغة ، و[هو][(٦)] حمل العظمة على الصفة بكونه حلالًا ، أو خالصًا من الشبهة ولا يخفى مخالفته للظاهر .

العاشرة : لو قال لرجل : أنت أزنى الناس ، أو أنت أزنى من زيد ، فظاهر اللفظ أن زناه أكثر من زنا سائر الناس ، وقال الإمام الشافعي : « لا حد عليه حتى يقول : أنت أزنى زناة الناس ، أو فلان زاني ، وأنت أزنى منه » ، واستبعده شيخ الإسلام ابن عبد السلام من جهة أن المجاز[(٧)] هنا قد غلب على هذا اللفظ ، فيقال : فلان أشجع الناس وأسخى[(٨)] الناس [كلهم][(٩)] ، وأعلم الناس ، [والناس][(١٠)] يفهمون من هذا اللفظ أنه أشجع شجعان الناس ، وأعلم علماء الناس ، والتعبير الذي وجب الحد

---

(١) من (ك) .

(٢) من (ن) .

(٣) في (ن) : « في الدينار » .

(٤) في (ق) : « فلا » .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ن) : « التجار » .

(٨) في (ن) و(ق) : « وأسجع » .

(٩) من (ن) .

(١٠) من (ك) .

لأجله حاصل[١] بهذا اللفظ فوق حصوله بقوله : أنت زان ، يعني أنه[٢] نسبه[٣] إلى المبالغة في الزنا ، قال الشيخ زين الدين[٤] : يمنع الإمام الشافعي من هذا قاعدته المشهورة في المجاز الراجح، فإنه عنده[٥] مساوٍ لمقتضى اللفظ، فهو كالمجمل[٦]، فلذلك سقط الحد، وهو يسقط بأقل من ذلك .

الحادية عشرة : القرآن[٧] يطلق على الألفاظ المتداولة الدالة على الكلام القديم، ويطلق [على][٨] الكلام القديم الذي هو مدلول الألفاظ، واستعماله في الألفاظ أظهر وأغلب[٩] من [مدلولها][١٠][١١] ، وأقول : إن كان القرآن موضوعًا حقيقة في القديم مجازًا في الألفاظ كما هو أحد أقوال الأشعري[١٢]، فقد خالف الإمام أبو حنيفة قاعدته[١٣] في المجاز [٢٢٠/ب] الراجح [مع الحقيقة المرجوحة ، وخالف الإمام الشافعي القواعد على كل تقدير ، فإنه إن كان كذلك فيجب على

(١) في (ن) و(ق) : « لأجل حاصله » .
(٢) في (ن) : « أنت » .
(٣) في (ن) : « نسبت » .
(٤) يقصد : زين الدين بن الوكيل .
(٥) في (ن) : « عقده » .
(٦) في (ن) : « كالمحل » .
(٧) في (ق) : « القرائن » .
(٨) سقطت من (ن) .
(٩) في (ق) : « وليجلب » .
(١٠) وقعت في (ن) و(ق) : « استعمال اللفظ » .
(١١) يعني : أنه إن حلف بالقرآن فقد حمله أبو حنيفة على الألفاظ فلم يحكم بانعقاد يمينه ، وحمله الشافعي ومالك على الكلام القديم، وهو خلاف الظاهر من استعمال اللفظ .
(١٢) في (ق) : « الأشعرية » .
(١٣) في (ق) : « قاعدة » .

مقتضى مذهبه في المجاز الراجح [أنه][(١)] لا][(٢)] يحنث[(٣)] إلا بالنية ، وكذا إن قلنا : بأن القرآن مشترك ؛ فإنه يعتبر ما يقتضي الحنث ، والأصل براءة الذمة ، وإن كان لفظ القرآن موضوعًا حقيقة في الألفاظ مجازًا في [١٩٦ق/أ] القديم فأولى بعدم الحنث .

الثانية عشرة : لو قال لامرأته : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها طلقت ؛ حملًا للرؤية على العرفان[(٤)] ، وهو خلاف الوضع وعرف الاستعمال .

وخالف الإمام أبو حنيفة في ذلك ، واستدل الإمام [الشافعي][(٥)] بصحة قول الناس : رأينا الهلال ، وفي استدلال الإمام الشافعي نظر ، فإن صحة قول الناس ذلك غايته أن يكون مجازًا [فيه][(٦)] ، وهو غير مجاز [راجح][(٧)] فلا يمكن حمل اللفظ عليه ، وتقديمه على الحقيقة الظاهرة في الاستعمال ، ثم إن أبا محمد بن عبد السلام اعترض بوجه آخر ، فقال : إن قول الناس : « رأينا الهلال » من مجاز نسبة[(٨)] فعل البعض إلى[(٩)] الكل مثل قوله تعالى : ﴿وَإِذْ قَتَلْتُمْ نَفْسًا﴾ [البقرة : ٧٢] وإنما قتله بعضهم وتدارءوا فيه ، وكذلك قوله تعالى لنبيه عليه السلام : ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدتُّمْ عِندَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [التوبة : ٧] والمراد النبي ﷺ ، قال : فليس ما استدل به بماشٍ[(١٠)]

(١) سقطت من (ن) .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : « يجب » .

(٤) في (ن) و(ق) : « الغير » .

(٥) وقعت في (ن) و(ق) : « أبو حنيفة » ، والمثبت من (ك) .

(٦) من (ن) .

(٧) سقطت من (ن) .

(٨) في (ن): «يشبه».

(٩) في (ق) : « على » .

(١٠) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « مما سبق » .

[على محل][1] النزاع ، فإن الزوج علق الطلاق على نفس رؤيتها ، وهي واحدة لا ينسب إليها ما وجد من غيرها .

فأقول في المثالين : قد ينسب إلى الجماعة ما نسب إلى النبي ﷺ ، وإلى القاتل[2] ، والمراد أنه نسب الفعل لغير من هو له ، [وهو موجود][3] في الصور كلها ، وفي [مسألة][4] المرأة أولى ، لأنه نسب إلى الواحدة ما نسب إلى الجماعة ، وفي الأمثلة المتقدمة نسب إلى الجماعة ما نسب إلى الواحد ، فيكون من المجاز المركب ، أو نقول : المراد نسبة الفعل لمن[5] هو له ، وإنما وقع المجاز في مسألة المرأة ؛ لأنه أطلق الرؤية على العلم إطلاقًا للسبب على المسبب ، وليس من المجاز الذي [٢٢١ن/أ] ذكره أبو محمد[6] وهو حاصل في محل النزاع .

الثالثة عشرة : لو تعاشر الزوجان مدة طويلة فادعت عدم النفقة [والكسوة][7]، فالقول قولها .

الرابعة عشرة : لو قال : إذا مضى دَهرٌ أو حقبٌ أو عصرٌ فأنت طالق، قال الأصحاب : تطلق بمضي أدنى[8] زمان ، واستشكله الإمام والغزالي وتوقفا[9] فيه ، وحكى الإمام التوقف عن الإمام أبي حنيفة .

---

(١) من (ك) .

(٢) كذا في (ن)، وفي (ن) و(ق): «العامل».

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٤) سقطت من (ن) .

(٥) في (ق) : « إلى من » .

(٦) يقصد : العز بن عبد السلام .

(٧) من (ك) .

(٨) في (ن) و(ق) : « أول » .

(٩) في (ن) : «وتوافقا».

الخامسة عشرة : إذا ادعت انقضاء العدة بالأقراء لأقل من عادتها المستمرة، فهل نقبل قولها ؟ فيه وجهان ؛ أصحهما : نعم ؛ لأنه يمكن لأن[1] أقل عدة الحرة اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان ، فإذا ادعت انقضاءها في هذه المدة وأكثر وجب أن [١٩٦ق/ب] تصدق وإن كان خلاف العادة ، والثاني : لا ، وبه جزم الماوردي ، وقال الشيخ أبو محمد : إنه[2] المذهب ، ورجحه أيضًا الروياني ، واستضعفه الإمام بأن الرد إلى العادة المعتبرة في الحيض ، والصحيح هناك أن العادة تثبت بمرة ، وهذا الوجه يجري في المرة والمرتين ، ويبعد جدًّا جريانه فيهما ، قال : ولست أرى لهذه الوجه ضبطًا ينتهى إليه في التفريع .

قاعـــدة

« كل امرأة تدعي عِنَّة[3] زوجها تسمع دعواها »[4] .

إلا الأمة[5] إذا كان زوجها حرًّا ؛ لأنها لو سمعت أبطل خوف العنت[6] ، فيبطل النكاح [فكان سماع الدعوى فيه مؤديًا إلى سقوط النكاح][7] المؤدي إلى سقوطها ، فأثبتنا النكاح وأسقطنا الدعوى .

ويقال على هذا كما صرح به الجرجاني في « المعاياة » ، والروياني في « الفروق » : كل امرأة علق زوجها طلاقها على صفة فلها أن تحاكمه في وجود تلك

---

(١) في (ن) : « أن » .
(٢) في (ق) : « هو » .
(٣) في (ن) و(ق) : « غيبة » ، والمثبت من (س) .
(٤) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٤) .
(٥) في (ق) : « أنه » .
(٦) في (ن) : «العيب» .
(٧) من (س) .

الصفة و[1]عدمها ، إلا الصورة المذكورة لا يصح يمينه بطلاقها ، ولا دعواها فيما إذا علق على كونه عنينًا فليس لها أن تحاكمه ، فلو حققت دعواها خرجت من الزوجية .

قاعــدة

[قال ابن القاص][2] : « **تجب اليمين في كل حق لابن آدم إلا في أربعة مواضع** »[3]

ومراده : من قُبل قوله في شيء كان عليه اليمين إذا طلبت منه إلا في هذه المسائل :

الأولى : القاضي إذا ادعي عليه بعد العزل الحكم بباطل وادعى [٢٢١ن/ب] عليه بقيمة المتلف ، فأنكر فلا يمين عليه ، قاله الإمام الشافعي نصًّا .

ثانيها : الشاهد إذا ادعى أنه شهد زورًا وادعى عليه قيمة المتلف ، قاله ابن القاص تخريجًا[4] .

الثالثة : ادعى رجلان زوجية امرأة فأقرت لأحدهما لم تحلف الآخر .

الرابعة : إذا ادعي عليه[5] بشيء ، فقال : هو لولدي الصغير ، وحكى في الثالثة والرابعة قولًا قديمًا ، وأهمل ما [لو][6] قال : له عليَّ شيء ، ثم فسره بما لا يتمول كقشرة فستقة ، فالصحيح قبول قوله [مع يمينه][7] ونُصَّ عليه هنا ، وصرح به الإمام[8] أيضًا ، وحاول في « المطلب » إثبات وجهين ، ولم يتعرض

---

(١) في (ن) و(ق) : « وهو » .

(٢) من (ن) .

(٣) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (٤٤١/١) ، « قواعد ابن عبد السلام » (٥٧/٢) .

(٤) في (ق) : « في تحريره » .

(٥) في (ن) : « عارية » .

(٦) سقطت من (ن) .

(٧) من (ن) .

(٨) المقصود بالإمام هنا : تقي الدين السبكي .

الرافعي لذكر اليمين رأسًا . ولو اختلف البائع والمشتري في عيب لا يمكن [القول بقدمه][١] كجراحة ، وقد جرى البيع والقبض من سنة ، فالقول قول البائع في أنه حدث عند المشتري بلا يمين ، ولو كان مما لا يمكن حدوثه كإصبع زائدة ، وقد [جرى][٢] البيع أمس ، فالقول قول المشتري في قدمه كذا أطلقوه ، وينبغي أن [١٩٧ق/أ] يكون بلا يمين على قياس الجراحة الطرية ، و[كان عدم اليمين هنا][٣] ؛ لأن التكليف بها عبث[٤] للعلم بمضمون الحال ، فكأنه لا حق للمدعي فيما ادعاه لا ظاهرًا ولا احتمالًا ، وما أحسن قول ابن القاص : (تجب اليمين في كل حق لابن آدم) فلا يورد عليه إلا ما هو خارج من حقه ولو في الظاهر .

قاعــدة

« **كل يمين قصد بها الدفع[٥] لا يستفاد بها الجلب[٦]** »[٧] .

وقد يقال : كل يمين كانت لدفع شيء لا تكون لإثبات شيء[٨] غيره ، وفي القاعدة مسائل :

الأولى : ادعى العنين أو المولى الوطء ، وأنكرت [المرأة][٩] صُدِّق بيمينه ، فإذا

(١) كذا في (س) ، وفي (ن) و(ق) : « تقديمه » .
(٢) من (ن) .
(٣) من (س) .
(٤) في (ن) : « عيب » .
(٥) في (ن) و(ق) : « القطع » ، والمثبت من (س) .
(٦) في (ن) و(ق) : « الحلف » .
(٧) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٤٢) .
(٨) في (ق) : « من غيره » .
(٩) من (ن) .

طلقها وقال : هذا الطلاق بعد المسيس فإنكم صدقتموني أن وَطِئتها ، وأراد الرجعة وهي على إنكار الوطء ، قال ابن الحداد : وأكثر[١] الأصحاب لا يُمكن من الرجعة ، والقول قولها ؛ فإن يمينه في الوطء كانت لدفع الفسخ ، فلا يستجلب به الرجعة .

ثانيها : إذا ادعى المودَع تلف الوديعة عنده وأنكر المودَع ، فصدقنا المودَع يمينه [٢٢٢ن/أ] ثم جاء آخر وأثبت الاستحقاق لنفسه وغرم المودِع فأراد هو الرجوع على[٢] المودَع ، وقال : قد صدقتموني في التلف عندي وهو الذي أوقعني في هذا الغرم ، فإنا لا نمكنه من الرجوع ، بل إذا حلف المودَع على أن الوديعة لم تتلف عنده وهو خائن يستقر الضمان على المودِع ، ولا يلزم من تصديقه لدفع الضمان عن نفسه تصديقه لإثبات الغرم على غيره .

ثالثها : إذا وجدنا دارًا في يد اثنين وادعى أحدهما أنها له ، والآخر أنها بينهما نصفين ، وصدقنا الثاني بيمينه لأن اليد تشهد له ، ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث ، فإن أراد الآخر أخذه بالشفعة وأنكر المشتري ملكه ، فإنه محتاج إلى البينة ويمينه في الخصومة أفادت رفع ما يدعيه الشريك لا إثبات[٣] الملك له ، وقد جمع الرافعي هذه النظائر في باب الإيلاء ، وذكرها الشيخ أبو علي في « [شرح][٤] الفروع » في باب الوكالة وزاد نظائر أخر :

- **منها** : وكل رجلًا[٥] في البيع وقبض الثمن ، وادعى الوكيل الإقباض وأنكره الموكِّل ، صدق الوكيل بيمينه .

---

(١) في (ن) : « إذا أكثر » .

(٢) في (ق) : « إلى » .

(٣) في (ن): «الإثبات»، وفي (ق): «إلا الإثبات».

(٤) سقطت من (ق) .

(٥) في (ن) : « وكلا رجلان » .

ولو خرج المبيع بعد ذلك مستحقًا ورجع المشتري على الوكيل بالثمن لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل بنظير الثمن بناء على تلك اليمين ؛ لأن يمينه تلك كانت لدفع الغرم عنه ، فلا يصلح لشغل ذمة الموكل ، بل القول الأول قول الموكل في عدم القبض مع يمينه .

وهذا[(١)] الفرع من مولدات ابن الحداد ، وقد [١٩٧ق/ب] فرع عليه ما سنذكره [عقبه][(٢)] .

- **ومنها** : إذا قال المشتري : العيب قديم ، وقال البائع : حادث ، فصدقنا البائع بيمينه ثم جرى بعده الفسخ [بتحالف][(٣)] ، وأخذ البائع[(٤)] يطالب المشتري بأرش العيب الذي أثبت حدوثه بيمينه[(٥)] ، لم يكن له ؛ لأن يمينه صلحت للدفع فلا تصلح لشغل ذمة الغير ، بل للمشتري الحلف أنه ليس بحادث [الآن لدفع][(٦)] الأرش ، وهذان الفرعان ذكرهما ابن الحداد ، وكذا الأول ، وبقي مسائل :

- **منها** : قذف رجلًا فطالبه [٢٢٢ن/ب] بحد القذف ، فطلب القاذف يمينه على نفي كونه زانيًا ، فنكل ورد اليمين على القاذف ، فحلف القاذف أنه زنى ، اندفع عنه حد القذف ولم يجب على المقذوف حد الزنا ، سواء قلنا : يمين الرد كالإقرار أم كالبينة ؛ لأن اليمين كانت لدفع حد القذف عنه لا لإثبات الزنا على المقذوف .

---

(١) في (ن) و(ق) : « وعلى هذا » .

(٢) من (ق) .

(٣) من (ق) .

(٤) في (ن) : « البيع » .

(٥) في (ن) و(ق) زيادة : «ثم» ولا يقتضيها السياق .

(٦) من (س) .

- **ومنها** : ما ذكره الرافعي في « فتاوى البغوي » من أنه لو تزوجها[١] بشرط البكارة فوُجِدَتْ ثيبًا ثم اختلفا ، فقالت : كنت بكرًا فافتضني ، وقال : بل كانت ثيبًا ، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ ، وقوله لدفع كمال المهر .

- **ومنها** : في مسألة الخياط الذي [دفع][٢] إليه ثوبًا ليخيطه فخاطه قباء ، وقال للمالك : كذا أمرتني ، فقال المالك : بل أمرتك بقميص[٣] ، إذا فرعنا على أن القول قول الخياط فحلف فلا أرش عليه قطعًا ولا أجرة له[٤] على الأصح ، وفي [الوجه][٥] الآخر : له الأجرة إتمامًا لتصديقه ، فإن قلت : لكن قالوا تفريعًا على المذهب ، وهو أن القول قول المالك : إنه إذا حلف لا يلزمه الأجرة ويلزم الخياط الأرش على المذهب ، وقضية ذلك أن لا أرش على الخياط ، فالجواب : أن الأصحاب فرقوا بأن القطع يوجب الضمان ما لم يكن بإذن ، وهو غير موجب للأجرة إلا بإذن ، [والله أعلم][٥] .

❋ ❋ ❋

(١) في (ن) و(ق) : « زوجها » .
(٢) سقطت من (ن).
(٣) في (ق) : « أمرتني قميصًا » .
(٤) في (ق) : « عليه » .
(٥) من (ن) .

كتاب أحكام الأرقاء

قاعـــدة

«الأحكام بالنسبة إلى الحر والعبد ثلاثة أضرب»[(١)] :

الأول : ما لا تبعيض فيه ولا ينبني على فضيلة ، فالعبد فيها كالحر ؛ كوجوب الصلاة والصوم ، وتحريم الظهار ، والعنة ومدتها ، والإيلاء ، ومدته ، والقطع في السرقة والقصاص .

الثاني : ما ينبني على فضيلة ولا يقبل التبعيض ، فليس العبد فيها كالحر ، أما ما لا يقبل التبعيض فكالرجم ، وما ينبني على الفضيلة كالشهادة ، والولاية[(٢)] ، والميراث ، والجمعة .

الثالث : ما يقبل التبعيض [١٩٨ق/أ] فالعبد فيه على النصف من الحر كالجلد في حد الزنا ، والقذف ، والتغريب ، وحد الشرب ، وكالطلاق[(٣)] والعدة[(٤)] ، لكنهما لا يقبلان[(٥)] التجزؤ ، والقسم [لا][(٦)] يساوي العبد الحر ، كذا قيل ، والمذهب

---

(١) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ١٢٥) ، « الأشباه والنظائر » للسيوطي (٢/٤٤٩) ، « الأشباه والنظائر » لابن نجيم (٢/٣٠٦) .

(٢) وفي (ن) و(ق) : « الولادة » ، والمثبت من (ك) .

(٣) في (ن) و(ق) : « وكالصلاة » .

(٤) في (ن) و(ق) : « والمقيد » .

(٥) في (ن) و(ق) : « لاختلاف » .

(٦) سقطت من (ق) .

[٢٢٣ن/أ] التفاوت، فيقسم للحرة ثلاث ليال وللأمة ليلة، وقسم الزفاف يساوي الحر في الأصح، وقيل: يتفاضل كقسم الابتداء، وعلى هذا فوجهان أصحهما التنصيف، فللثيب ليلة ونصف، و[قيل][(١)]: يكمل المنكسر[(٢)] وقيل: لا كالخلاف في العدة، فقيل: تعتد بشهرين؛ لأن عندهم أن الأصل الأقراء فأثبتوا شهرين في مقابلة قرأين، وقد اختلفوا في أن المكاتب هل يلحق بالأحرار أو بالعبيد في صور؟

- **منها**: لو قال: عبيدي أحرار فهل يعتق مكاتبه؟ فيه خلاف.

- **ومنها**: جواز نظره إلى سيدته، وقد وقع في كلام ابن الرفعة أنه ينبغي التخريج على الخلاف، وهذا صنيع من لم يُحط[(٣)] في المسألة بنقل، والمسألة قد نص عليها الإمام الشافعي في كتبه، ونص [فيها][(٤)] على الجواز، ونقل ابن الصلاح عن القاضي حسين أنه قطع بالمنع، وهذا لم أجده في «التعليقة»، بل وجدت خلافه، فإنه قال: حديث نبهان مولى أم سلمة[(٥)] يقتضي أنا لا نأمر السيدة بالاحتجاب، وما أشير إليه من كلام ابن الرفعة هو قوله: [أنه][(٦)] يشبه إن ترتب الكلام في المكاتب على القن، يعني في النظر إلى السيدة، فيقال: إن قلنا: القن كالحر، فالمكاتب أولى، وإلا فوجهان، ينظر في أحدهما إلى قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ

---

(١) من (ك).

(٢) في (ن) و(ق): «للبكر».

(٣) في (ن): «من لم يحصر»، وفي (ق): «من له نظر».

(٤) من (ن).

(٥) أخرجه الترمذي في «السنن» [كتاب الأدب - باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال - حديث رقم (٢٧٧٨)]، وأبو داود في «السنن» [كتاب اللباس - باب في قوله ﷻ: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾ حديث (٤١١٢)].

(٦) من (ن).

﴿أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١]، والمكاتب ملكها، وفي الآخر إلى فقد المعنى الذي هو موجود في القن، وهو دعاء الحاجة إلى التكشف عليه لتردده في حوائجها؛ فإن هذا مفقود في المكاتب لملكه المنافع، ومثل هذا التخريج في الشرع كثير، قال الله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [النساء: ٤٣].

قلت: وهذا النص غريب، وما نقله ابن الصلاح عن القاضي حسين هو مما اقتصر على نقله [في « الروضة »][1] وأقره ولم يحك خلافًا فيه.

ومن صور[ها] المكاتب في اللقطة هل هو كالحر أو كالعبد[2] فيه طريقان.

قلت: أصحهما: حكاية قولين[3]أصحهما: الصحة.

- **ومنها**: المكاتب إذا زنى هل هو كالحر حتى[4] لا يقيم الحدَّ عليه إلا الإمام، أو كالعبد حتى يجوز للسيد؟ وجهان، أصحهما: [٢٢٣ن/ب] الأول.

- **ومنها**: لو حلف [أن][5] لا عبد له ولا أمة، وله مكاتب، ففي المسألة طريقان، المذهب المشهور القطع بعدم الحنث، وقيل: قولان أصحهما: عدم الحنث أيضًا، وأيضًا فالمكاتب عند الإطلاق هل يجري عليه حكم المملوك أم لا؟ [فيه][6] وجهان مذكوران فيما إذا قال: عبيدي أحرار هل يدخل المكاتب أم لا؟ وكان مادة ذلك أن المُشرف على الزوال هل يجعل كالزائل أم لا؟ وفيه أيضًا [١٩٨ق/ب] خلاف مذكور في البيع.

(١) في (ق): « ابن الرفعة ».
(٢) في (ن): « العبد ».
(٣) في (ق): « طريقين ».
(٤) من (ن).
(٥) من (ك).
(٦) من (ن).

وأقول : قال الغزالي[١] في كتاب الرهن فيما لو جنى [العبد][٢] المرهون ، فقال المرتهن : أنا أفديه ليكون مرهونًا عندي بالفداء أو أصل الدين ، فإن منعنا الزيادة في الرهن ، فقولان مفهومان من معاني كلام الإمام الشافعي في أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل ؟ فإن قلنا : كالزائل جاز ، وكأنه ابتدأ الرهن بالدينين جميعًا ، وقد يعبر عن هذه القاعدة بجعل المتوقع كالواقع .

ولا شك أن ثم مسائل كما قال يجري فيها الخلاف ، [ومسائل لا يجري فيها الخلاف][٣] ، وأنا ذاكرٌ من كل منهما[٤] ما حضرني :

– **منها** : لو ترافع المتبايعان إلى مجلس الحكم ولم يتحالفا ، فهل للمشتري وطء الجارية ؟ [فيه][٥] وجهان ، أصحهما : نعم ، وبعد التحالف ، وقبل الفسخ ، وجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم لإشرافه على الزوال .

– **ومنها** : إذا بل الحنطة المغصوبة وتمكن العفن الساري فيها ، فإن فيها طريقين[٦] ، أحدهما : إثبات قولين [أصحهما][٧] – وبه قطع الباقون –: أنه يجعل كالهالك ويغرم بدله ؛ [لأنه مشرف][٨] على التلف ، فكأنه تالف .

---

(١) في (ق) : « الرافعي » .
(٢) من (ن) .
(٣) من (ك) .
(٤) في (ن) و(ق): «منهن».
(٥) من (ن) .
(٦) في (ن) و(ق) : « طريقان » .
(٧) من (ك) .
(٨) من (ك) .

وجعلوا من ذلك ما لو جعل[١] من الحنطة هريسة ، أو من السمن أو التمر أو الدقيق حلوى ، أو صب الماء في الزيت وتعذر التمييز ، وأشرف على الفساد ، وتردد الجويني في مرض العبد المغصوب إذا كان ساريًا عسر العلاج[٢] كالسُّل[٣] والاستسقاء ، ولم يرتضه الإمام ، فإن هذا المرض قد يبرأ[٤] منه ، والعفن[٥] في هذه الحنطة يفضي إلى الفساد لا محالة .

وعبر الغزالي عن القول المذكور في الحنطة [٢٢٤ن/أ] أن الإمام الشافعي قال : يتخير المالك بين أن يطالبه بالمثل أو يأخذ الحنطة المبلولة ويغرمه الأرش ، قال : وهو خلاف قياس الإمام الشافعي ؛ إذ المبلولة لها قيمة على كل حال ، وهي عين ملك المالك فليتعين له .

– **ومنها** : بيع المرتد صحيح ولا أعلم فيه خلافًا ، وهو قضية إيراد الإمام الشافعي .

قلت : بخلاف ثابت فيه ، بل قال الروياني : إن المذهب أنه لا يصح بيعه .

– **ومنها** : بيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، وهو قضية ما أورده[٦] .

– **ومنها** : بيع العبد الجاني جناية توجب القصاص ولا عفو ، فيه طريقان ؛ أصحهما : القطع بالصحة قياسًا على المرتد والمريض ، وقيل :على قولين[٧] .

---

(١) في (ق) : « جعلوا » .

(٢) في (ن) : « الصلاح » ، وفي (ق) : « الغلام » .

(٣) في (ن) و(ق) : « كالسيل » .

(٤) في (ق) : « يسري » .

(٥) في (ق) : « والعفو » .

(٦) في (ن) : « أدرجوه » .

(٧) في (ق) : « القولين » .

- **ومنها** : إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد ولم يمكن تجفيفه إن كان رهنًا[(١)] بدين حال صح ، وإن كان بمؤجل وعلم فساده قبل انقضاء الأجل ، ففيه قولان ، أصحهما عند العراقيين : المنع ، وعند غيرهم : الصحة ، وهو موافق للنص .

قلت : صحح في « المحرر » الفساد ، وقال في « الشرح الصغير » : الأكثر عند الأكثرين الصحة ، ولم يصحح في « الكبير » شيئًا .

وإن لم يُعلم واحد من أمرين ، وكانا محتملين ، ففي جواز الرهن المطلق قولان مرتبان [١٩٩ق/أ] وأولى بالصحة .

- **ومنها** : رهن المرتد[(٢)] جائز على الأصح كبيعه ، وأما الجاني[(٣)] فمبني على جواز بيعه ، إن لم يصح[(٤)] البيع فالرهن أولى ، وإلا فقولان .

- **ومنها** : لو كفن الميت في كفن مغصوب أو مسروق ، ودفن فيه فهل ينبش لرده ؟ فيه وجهان ، أصحهما : نعم ، وثانيهما : لا ، وعلَّله الرافعي بأنه مشرف على الهلاك بالتكفين ، فيعطى[(٥)] حكم الهلاك ، وينتقل الحق إلى القيمة ، بخلاف ما لو دفن في أرض مغصوبة .

واعلم أنه قد يعبر عن هذه القاعدة بما هو أعم من ذلك ، فيقال : **ما قارب الشيء هل يعطى حكمه** ؟ وبيانه بصور :

- **منها** : الديون المساوية لمال المفلس ، هل توجب الحجر عليه ؟ وجهان ، وفي المقاربة للمساواة - وهي ناقصة - الوجهان [٢٢٤ن/ب] وأولى بالمنع .

---

(١) في (ن) و(ق) : « رطبًا » .
(٢) في (ن) : « المرتهن » .
(٣) في (ن) : « الحال » .
(٤) في (ن) : « يصحح » .
(٥) في (ن) و(ق) : « فهل يعطي » .

- **ومنها**: الدم الذي تراه [المرأة][١] الحامل حالة الطلق ليس بنفاس، وقيل: نعم.

- **ومنها**: ما قاله الغزالي وغيره في باب الإيلاء [من][٢] أنه إذا[٣] قال لأربع نسوة: واللَّه لا أجامعكن، فإنه لا يلزمه الكفارة إلا بوطء الجميع، فإذا جامع ثلاثة صار مؤليًا من الرابعة، ووطء واحدة يقرب من الحنث، والقرب من الحنث معدود[٤]، ولا يصير [به][٥] مؤليًا على أحد القولين.

والثاني: أنه يصير مؤليًا، وهو منصوص «الأم»، و«المختصر»، وقال ابن الرفعة في الفصل الثاني من المؤلى عليه بالسفه في النكاح[٦]، أنه يقرب من ذلك أن دخول وقت الشيء هل يقوم مقامه كما في رمي الجمار عن ابن سريج؟

- **ومنها**: تفريعًا على الجديد [في][٧] أن العبد لا يملك، ففي ملك المكاتب ما في يده وجهان، أحدهما، وهو قول أبي إسحاق: أنه يملك، وإنما منع من التبرعات ليحصل العتق، والمشهور خلافه.

فصـــل

في أحكام[٨] المبعض[٩].

---

(١) من (ق).
(٢) من (ن).
(٣) في (ق): «لو».
(٤) في (ق): «مقدور».
(٥) من (ن).
(٦) في (ق): «بالنكاح في السفه».
(٧) من (ن).
(٨) في (ن): «حكم».
(٩) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١٣٠)، «الأشباه والنظائر» للسيوطي (١/٤٥٩).

وقد[١] جمع الشيخ قطب الدين السنباطي[٢] رحمه اللَّه تعالى جزءً مفردًا وتأخرت وفاة الشيخ صدر الدين[٣] ، فإنه توفي سنة [ست][٤] عشرة وسبعمائة ، ووفاة الشيخ قطب الدين سنة اثنتين وعشرين رحمهما اللَّه والترتيب واحد ، وقد زاد أحدهما على الآخر ، وسيأتي في كلام الشيخ صدر الدين أن غيره سبقه إلى ذلك وأن الظاهر أنه الشيخ قطب الدين، أو لأنه زاد الشيخ صدر الدين ثَمَّ ما أهملاه ، فنقول :

- مَنْ بعضه حر وبعضه رقيق اضطرب فيه اضطرابًا كثيرًا ، فمنه ما أعطى فيه حكم الأحرار [جزمًا ، ومنه ما أعطى فيه حكم الأحرار][٥] على الأصح ، ومنه ما أعطى [فيه][٥] حكم الأرقاء على الأصح .

- ومنه ما تردد فيه المذهب ولم أر فيه ترجيحًا ، ومنه [١٩٩ق/ب] ما أعطى من كل بعض حكمه، ومنه ما وقع فيه النظر، ولم أر فيه نقلًا .

القسم الأول : ما أعطي فيه حكم الأحرار جزمًا :

يصح[٦] بيعه، وهبته، ووقفه، وإجارته، وسلمه، ورهنه، وسائر تبرعاته ،

---

(١) في (ن) : « وهو » .

(٢) هو محمد بن عبد الصمد بن عبد القادر بن صالح ، قطب الدين السنباطي ، صاحب « تصحيح التعجيز » ، و« أحكام المبعض » ، كان فقيهًا كبيرًا تخرجت به المصريون ، وتوفي سنة اثنتين وعشرين وسبعمائة (٧٢٢هـ) بالقاهرة ، راجع ترجمته في : « طبقات الشافعية الكبرى » لابن السبكي (١٦٤/٩) .

(٣) يعني : ابن الوكيل .

(٤) سقطت من (ق) .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٦) في (ق) : « منع » .

واستثنى الشيخ صدر الدين [٢٢٥ن/أ] منها : العتق .

ويثبت له خيار المجلس وخيار الشرط .

ويصح خلعها ، وإقراره بما [لا][١] يضر المالك ، وإن أقر بجناية قبل فيما يتعلق بما[٢] دون سيده ، وبقبضته[٣] بما في يده .

- لا يجبرها على النكاح ، ولا يطؤها[٤] .

- لها[٥] فسخ النكاح بالإعسار بالمهر حيث تفسخ الحرة .

- يأخذ بالشفعة .

- لا يقيم عليه الحد إلا الإمام دون السيد ، وكل ما في معنى ذلك .

القسم الثاني : ما أعطى فيه حكم الأرقاء[٦] جزمًا :

- لا تنعقد به الجمعة وإن كان في نوبته .

- لا تسقط [حجته][٧] حجة الإسلام .

- لا يجب عليه الحج وإن كان موسرًا .

- لا يصح ضمانه إذا لم يكن مهايأة ، أو كانت وضمن في نوبة السيد ، قال الرافعي : وكان يجوز أن يصح كالشراء أو يخرج على المؤن النادرة والأكساب النادرة .

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٢) في (ن) و(ق) : « به » .

(٣) في (ن) و(ق) : « وبعضه » .

(٤) في (ن) : « لإبطالها » ، وفي (ق) : « لا يطالبها » .

(٥) في (ق) : « له » .

(٦) في (ن) : « الأقراء » .

(٧) سقطت من (ق) .

- لا يقطع بسرقة مال السيد .
- لا ينكح المبعضة[١] ؛ إلا أن يخاف العنت .
- زاد الشيخ صدر الدين : ولا يجد صداق حرة .
- لا ينكح بغير إذن السيد .
- لا ينكح حر من يملك بعضها .
- إذا عتقت تحت مبعض ثبت لها الخيار .
- إذا أعتق [بعضها][٢] تحت [عبد][٢] فلا خيار [لها][٢] .
- ولا يُقتل الحر بقتله .
- لا يكون وليًّا ، ولا واليًا ، ولا شاهدًا .
- لا يعقل .
- لا يعتق في الكفارة .
- طلاقه طلقتان .
- عدتها قرءان .
- لا يكون محصنًا في الزنا ولا في القذف .
- ولا يقتل الكافر الأصلي بالمبعض المسلم .
- القياس ثبوت الاستيلاد[٣] .
- وليس كفؤًا لمن عتقت كلها .
- لا يرث .

---

(١) أي : لا ينكحها الحرُّ .

(٢) من (ك) .

(٣) في (ق) : « الإسلام » .

- لا يجب عليه الجمعة إذا لم تكن في نوبته .

- إذا سرق حر مبعضًا فهو كما لو سرق رقيقًا .

- لا يجب عليه الجهاد .

- [لا يحكم][1] لبعضه ، زاد الشيخ صدر الدين : ولا يشهد له .

القسم الثالث : ما يعطى فيه حكم الأحرار على الأصح[2] :

- وجوب الزكاة فيما ملكه .

- يكفر بالطعام .

- والعبد يصح التقاطه ، وإذا صح دخلت في نوبته إن كانت مهايأة ، وكذا زكاة الفطر .

ولا يقتل بمثله ، والمقتول كالحر يجب على قريبه الموسر نفقته بقدر الحرية ، ويشبه أن يكون هذا من القسم السادس .

ومنها[3]: يقبل الوصية ، وإن كانت بإذن السيد فهي لهما ، إلا فحصته [إذا منعناها في حق العبد ، ويشبه أن يكون][4] هذا من القسم الخامس ، وإن كان [٢٢٥ن/ب] بينهما مهايأة بني على الأكساب النادرة ، فيعتبر حال الموت ، وقيل : الوصية . وقيل القبول ، والهبة كالوصية ، والاعتبار بالقبض في الهبة في الأصح .

زاد الشيخ صدر الدين : ولو أوصى [٢٠٠ق/أ] لنصفه[5] الحر أو لنصفه

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٢) في (ق) : « الأرجح » .

(٣) في (ن) و(ق): «من».

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من (ن) .

(٥) في (ن) و(ق) : « بنصفه » .

العبد[١] ، قال القفال : يبطل ، وقال غيره : يصح [وتختص كل جهة بمستحقها .

ولو أوصى لمن[٢] نصفه حر][٣] ونصفه لوارثه ، فإن لم يكن مهايأة أو كانت ولم يعتبرها فهي وصية لوارث ، قال الإمام : « ويحتمل التبعيض » وإن كانت مهايأة ، واعتبرت فعلى ما تقدم من الأصح في اعتبار يوم الموت ، فإن كانت للوارث بطلت أو للعبد[٤] صح ، وجريان المهايأة بعد الوصية كمقارنتها ، انتهى ما زاده .

- وإذا اشترى [زوجته][٥] بالمال المشترك بإذن سيده يملك جزءها ، وانفسخ النكاح ، زاد الشيخ صدر الدين : فإن كان بغير إذنه فعلى تفريق الصفقة ، [فإن صح انفسخ أو][٦] اشترى بخالص مال السيد لم ينفسخ[٧] أو بخالص ماله انفسخ ، ويجري هذا فيما لو اشترت[٨] زوجها .

القسم الرابع : ما يعطى حكم الأرقاء على الأصح :

- لا تجب الجمعة بنوبته .
- لا يقتل بمثله والمقتول رقيق[٩] .
- نفقة الزوجة كنفقة المعسرين وإن كثر ماله كالرقيق[١٠] ، وقيل تسقط

---

(١) في (ن) و(ق) : « الحر » .

(٢) في (ن) : « بمن » .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

(٤) في (ن) : « أو للغير » ، وفي (ق) : « وإن كانت للغير » .

(٥) سقطت من (ق) .

(٦) كذا في (ك) ، وفي (ن) و(ق) : « وإن » .

(٧) في (ن) و(ق) : « يصح » .

(٨) في (ن) و(ق) : « اشترى » .

(٩) في (ك) : « لا يقتل به مثله ، فالمقتول رقيق » ، وفي (ن) : « كرقيق » ، وفي (ق) : « برقيق » .

(١٠) في (ن) : « كالوصف » .

كصدقة الفطر، [إذا][1] لم يكن مهايأة.

- يحد حد العبد[2]، وقيل: يزاد بالنسبة[3]، وكذا حد القذف، ويقاس به الشرب[4].

- ويمنع من التسري، فإن أذن بنى على ملكه[5].

- لا تجب عليه نفقة القريب، فإن وجبت أي كما قاله في «البسيط»[6] وشبههما بالغرامات، فهي كاملة، وقيل: تسقط[7].

- [عدم وجوب][8] سُتْرة الحرائر في الصلاة.

- اشتراط التنجيم[9] [في الكتابة][10]، وإن ملك النصف الحر.

- ولو[11] وهب للعبد بعض عبد يعتق على سيده، وقبل بغير إذنه، وقلنا: يصح، صح وسرى على سيده، واستشكل السريان لدخوله في ملكه قهرًا، ذكره في «الروضة» في العتق، والذي يظهر أن يكون قبول المبعض كالرقيق، كذا قاله الشيخ قطب الدين، وقال الشيخ صدر الدين: قال بعضهم [٢٢٦ن/أ]: والذي يظهر

(١) سقطت من (ق).
(٢) أي: في الزنى.
(٣) في (ن): «بالسير».
(٤) في (ق): «بالشرب».
(٥) في (ق): «ذلك».
(٦) في (ق): «الوسيط».
(٧) في (ن) و(ق): «بقسطه».
(٨) في (ق): «على».
(٩) في (ق): «التيمم».
(١٠) من (ق).
(١١) في (ق): «أو».

أن يكون قبول المبعض كالرقيق ، وفيه نظر ، فإنه لا تعلق [له بهذه][1] المسألة ، وظهر بهذا أن الشيخ قطب الدين سبق الشيخ صدر الدين إلى وضع هذه القاعدة ، فإن (بعضهم) المشار إليه عناه بقوله : قال بعضهم ، ولم يتضح بيانه لعلة المعاصرة ، ويتبين أني بدالي بكلامه قبله ، فهو الصواب والحمد للَّه .

وزاد الشيخ صدر الدين في هذا القسم : أنه لا تنعقد له الجزية ، وقيل : تسقط[2] .

القسم الخامس : ما فيه وجهان ولم أر فيه ترجيحًا :

- إذا قدر على مبعضة ، هل ينكح الأمة ؟

- إذا التقط لقيطًا في نوبته ، هل يستحق كفالته[3] ؟ فيه وجهان نقلهما الرافعي عن صاحب « المعتمد »[4] .

- لو سرق سيد المبعض ما يملكه ببعضه الحر[5] ، قال القفال : لا يقطع ، وقال الشيخ أبو علي : يقطع .

القسم السادس : ما يعطى كل واحد منهما حكمه ، ويمكن أن يكون من بعض الأقسام المتقدمة :

- إذا جنى عليه وجب [٢٠٠ق/ب] قيمة الرقيق ، ودية[6] الحر .

---

(١) في (ق) : « لهذه » .

(٢) في (ن) و(ق) : « يقسطه » .

(٣) في (ق) : « كتابته » .

(٤) « المعتمد في فروع الشافعية » للشيخ أبي نصر محمد بن هبة اللَّه البندنيجي الشافعي المتوفى سنة (٤٩٥هـ) ، وهو كتاب مشتمل على أحكام مجردة غالبًا عن الخلاف ، وله فيه اختيارات غريبة ، انظر : « كشف الظنون » (٢/٥٩٤) .

(٥) في (ك) : « المبعض » .

(٦) في (ن) : « ودونه » .

- غرة[(١)] المبعض كالدية ، فتجب نصف قيمة جنين رقيق ونصف قيمة غرة حر .

- المبعضة يزوجها المالك والمعتق ، وقيل : المالك والسلطان ، وقيل يستقل[(٢)] مالك المبعض ، وقيل: لا يزوج[(٣)] .

- إذا قتل من نصفه حر ، ونصفه رقيق قتلًا خطأ تحملت العاقلة نصف الدية[(٤)] ، نقله الرافعي عن فتاوى القاضي حسين .

- وزاد الشيخ صدر الدين: أن المبعض يعتكف إذا كان بينه وبين سيده مهايأة في نوبته ، ولا يعتكف في نوبة السيد .

- قال الروياني في كتاب الرهن: ولو اقترض ممن يملك نصفه[(٥)] [مالًا يملكه][(٦)] بنصفه الحر ، ورهن عنده نصفه الرقيق صح .

وردت عليهما : أن ولد المبعضة ما حكمه؟ وفي الرافعي في أثناء السير ، سئل القاضي حسين عمن أولد امرأة نصفها حر ونصفها رقيق بنكاح أو زنا كيف حال الولد ؟ فقال : يمكن تخريجه على الوجهين في ولد المشتركة بين الشريك المعسر ، [والموسر] ثم استقر جوابه على أنه كالأم حرية ورقًا ، قال [الإمام][(٧)] : هذا هو الوجه فإنه لا سبب لحريته إلا حرية الأم ، فيتعدى بها [٢٢٦ن/ب] ، وفي الرافعي في كتاب النكاح في كلامه على نكاح المبعضة إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله .

---

(١) في (ن) و(ق) : « على » .

(٢) في (ن) و(ق) : « سيد » .

(٣) وقيل : يزوجها المالك والقريب .

(٤) أي :الذي على بعضه الحر .

(٥) في (ن) و(ق) : « نصفها » .

(٦) من (ك) .

(٧) من (ن) .

القسم السابع : ما وقع فيه التحريم من حيث البحث ، ولم أر فيه نقلًا عن ذلك القسم :

- في المبعضة ، هل تعطى حكم الحرائر [أو الإماء][١] أو يوزع ، [ومنها][٢] الجمع بين [أكثر من اثنتين][٣] ، هل يعطى حكم الأحرار أو حكم العبيد ، أو يوزع إن أمكن ، فمن نصفه وربعه حر هل ينكح شيئًا ؟ وجزم الشيخ صدر الدين أن حكمه حكم الأرقاء جزمًا .

الوقف[٤] على المبعض نفسه هل يصير كالعبد نفسه حتى لا يصح ، أو يصح في نصيبه ؟

- يحتمل إذا اجتمع رقيق ومبعض أيهما[٥] أولى بالإمامة .

- [إذا مات الرجل هل تغسله أمته ؟ فيه خلاف][٦] لا يمكن جريانه في المبعضة ؛ لأنها أجنبية ، فأشبهت المكاتبة فإنها لا تغسله بلا خلاف .

- ولو وكل المرتهن الراهن في قبض المرهون من نفسه ، أو وكل عبدًا لم يصح .

- ولو وكل مبعضًا يحتمل الصحة كالمكاتب .

- ولو وكل العبد في البيع بغير إذن السيد ، ففيه خلاف ، الأصح : أنه لا يصح .

- ولو وكل المبعض ينبغي الصحة كما إذا اشترى لنفسه .

- لو وُكلِّ في النكاح صح في القبول دون الإيجاب على الأصح فيهما ،

---

(١) من (ك) .

(٢) من « قواعد العلائي » .

(٣) بياض بمقدار كلمة في (ن) و(ق)، استدركناه من « قواعد العلائي » .

(٤) في (ن) و(ق): «على الوقف».

(٥) في (ن) و(ق) : « أنهما » .

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

فالمبعض ينبغي أن يكون أولى بالصحة .

- لو باع العبد من نفسه على عين معينة لم يصح على الأصح، لكن يعتق، وعلى السيد[1] قيمته ، فلو باع المبعض بعضه لمعين ينبغي أن يقطع بالصحة؛ لأنه يملك العين .

- إذا أودع عند عبدٍ فأتلف ، ففي ضمانه قولان [٢٠١ق/أ] ، وينبغي أن يضمن المبعض .

- في الرضخ في المال .

- واستحقاقه السلب إن قتل قتيلًا ، يحتمل أن يكون كالعبد ويحتمل أن يكون كالحر .

- إذا شرطت الحرية فخرج مبعضًا ، ففي صحة نكاحه وثبوت الخيار يظهر أن يكون كالرقيق .

- إذا ظن حريتها فخرجت مبعضة ، يظهر أن يكون كما لو خرجت أمة .

- إذا استلحق الرقيق ، فيه ثلاث طرق ، أصحها : الصحة ، ويحتمل أن يكون المبعض[2] كذلك ، ويحتمل أن يكون أولى بالصحة .

- إذا استلحق الحر عبدًا لغيره صغيرًا لم يصح ، أو كبيرًا ، فوجهان [٢٢٧ن/أ] ويحتمل أن يكون المبعض كذلك ، ويحتمل أن يكون أولى بالصحة .

- وزاد الشيخ صدر الدين أنه [هل يرى سيدته إذا قلنا][3] : [يرى العبد سيدته كما هو الأصح فيه نظر .

(١) في (ن) و(ق) : « العبد » .

(٢) في (ق) : « المبعضة » .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ق) .

- ومنها: هل][1] يرى [مَنْ][1] نصفها له، ونصفها حر؟ يشبه أن يكون فيه الخلاف في عورتها في الصلاة، ورجح الماوردي أنها كالحرة، ورجح ابن الصباغ وطائفة أنها كالأمة.

قلت: وهو ما جزم به الرافعي.

قاعـــدة

«**المشترك هل يحمل على جميع معانيه مع تجرده عن القرائن بطريق الحقيقة؟**»[2]، ذهب الإمام الشافعي، والقاضي أبو بكر، وجماعة من أصحابنا، والجبائي[3]، والقاضي عبد الجبار[4] إلى جوازه، وذهب الباقون من أصحابنا، كإمام الحرمين، والغزالي، والإمام، والكرخي، وأبي هاشم[5]، وأبي الحسين

---

(١) من (ك).

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ١٨٥)، وانظر: «البرهان» للجويني (٢٤٦/١)، «أصول السرخسي» (ص: ١٢٨)، «المستصفى» (ص: ٢٤٠)، «الإحكام» للآمدي (٣٧/١)، «الإبهاج» للسبكي (٢٤٨/١)، «إرشاد الفحول» (١٢٥/١).

(٣) هو أبو علي محمد بن عبد الوهاب الجبائي شيخ المعتزلة، صنف التفسير والمتشابه، وفي معنى (القرآن مخلوق)، وغيرها من التصانيف، توفي سنة (٣٠٣هـ) انظر «الفهرست» لابن النديم (٣٤/١).

(٤) هو القاضي أبو الحسن عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار بن أحمد بن خليل الهمداني الاسترآباذي الشافعي قاضي الري، المتكلم المعتزلي، من تصانيفه: «الأمالي في الحديث»، «تنزيه القرآن عن المطاعن»، «دلائل النبوة»، «طبقات المعتزلة» توفي سنة (٤١٥هـ)، انظر: «هدية العارفين» (٤٠٦/١).

(٥) هو أبو هاشم عبد السلام بن أبي علي محمد الجبائي، سبقت ترجمته.

البصري[(١)] إلى منعه .

ثم منهم من منع مطلقًا؛ يعني أنه لا يجوز أن يراد باللفظ [المشترك][(٢)] كل واحد من مفهوميه معًا، نظرًا إلى الإرادة والوضع، كما لا يجوز أن يراد بالمؤمنين المؤمنون والمشركون .

وأما الغزالي، وأبو الحسين البصري، وغيرهما فقالوا : إنما يمتنع ما يرجع إلى الوضع، ويجوز أن يحمل على مفهوميه معًا، نظرًا إلى الإرادة ، ولا استحالة[(٣)] في إرادتهما ، لكن يلزم منه مخالفة الوضع، ويضاهيه من الفقه[(٤)] صور :

- **منها** : لو وقف على مواليه، وله موال من أعلى وموال من أسفل .

قلت : الأصح في « التنبيه » ، و« المنهاج » : أنه يقسم بينهما .

- **ومنها** : لو قال لعبده : إن رأيت عينًا[(٥)] فأنت حر، فرأى [أحد][(٦)] أفراد العين[(٧)] .

قال الإمام : فيه تردد ، والوجه أنه يعتق[(٨)] ، وكان السبب في عدم الحمل على

---

(١) هو أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب ، البصري المعتزلي نزيل بغداد له من التصانيف : « تصفح الأدلة في أصول الدين » ، « شرح الأصول الخمسة » ، « كتاب الإمامة » ، « المعتمد في الأصول » ، توفي سنة (٤٣٦هـ) ، انظر : « هدية العارفين » (٥٦/٢) .

(٢) سقطت من (ق) .

(٣) في (ن) و(ق) : «والاستحالة» .

(٤) في (ق) : « العقد » .

(٥) والعين : لفظ مشترك في اللغة يراد به : آلة البصر ، وعين الماء ، وعين الشمس والعين الجارية ، وعين الشيء نفسه ، والجاسوس ، انظر : « المصباح المنير » (ص : ٢٦١) .

(٦) من (ك) .

(٧) في (ق) : « فرأى أحدهما أفراد العقد » .

(٨) أي : بما يراه من العيون ، ولا تشترط رؤية الجميع .

جميع معانيه(١) أن الصفة في التعليق تتحقق بأول الأفراد، فيقع العتق كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فيعتق بأول الدخول، يعني أولها وإن لم يدخل الجميع.

واعلم أن الإمام الشافعي يجمع أيضًا بين الحقيقة والمجاز، كالمشترك ويخالف [٢٠١ق/ب] جميع الأصوليين، وقد وقع ذلك في الفقه في مواضع:

- **منها**: [لو حلف](٢) لا يبيع مثلًا أو لا يشتري فوكَّل، لم يحنث إلا [أن يريد: أن لا يفعل بنفسه ولا بغيره فيحنث بالمجموع، قال](٣) الرافعي: وأحسن منه أن يوجد معنى مشتركٌ بين الحقيقة والمجاز، فيقال: إن من نوى [٢٢٧ن/ب] أن لا يسعى في تحقيق ذلك الفعل حنث بالمباشرة، وبالأمر به لشمول(٤) المعنى، وإرادة هذا المعنى إرادة المجاز وحده(٥).

قاعـــدة

«الولد يتبع أباه في النسب وأمه في الرق والحرية»(٦).

[إلا](٧) إذا كان الأب حرًّا عربيًا، وقلنا: إن العرب لا يسترقون، فيتبع أشرفهما دينًا، ويتبع أخسهما حرمة في الذبح والنكاح، وأشرفهما حرمة [في

---

(١) أي: اللفظ المشترك.

(٢) سقطت من (ق).

(٣) من (ك).

(٤) في (ن): «المشمول»، وفي (ق): «الشمول».

(٥) وقعت هذه العبارة في (ن) و(ق) كذا: «وإرادة هذا المعنى وإرادة المجاز واحدة»، والمثبت من (ك).

(٦) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٢٦٢)، «قواعد الزركشي» (٣/٣٤٦).

(٧) سقطت من (ن).

الحرية][1] ، وولد المبيعة[2] مبيع ،وولد الأضحية أضحية ، [وولد المرهونة ليس بمرهون ، وولد المستأجرة][3] ليس بمستأجر ، وإن قلنا تبعية الولد [لها في الرق والحرية ليس على إطلاقه ؛ لأنه لو كان الأب حرًا والولد له][4] منها ، فهو حر تبعًا لأبيه ، وإن أراد ذلك في النكاح ورد عليه[5] حرية الولد في نكاح الغرور والوطء بالشبهة ، ومن ذلك وطء الأب جارية الابن فأتت بولد ، فالولد حر ، وهي رقيقة .

ومن[6] هذه المسائل الولاء عليه : لموالي الأب .

- **ومنها** : تبعيته له في الملك ، فيكون ملكًا لسيدها ، وأما التبعية في مقدار الدية فيه خلاف أسلفته قريبًا[7] ، فراجعه[8] .

فائدة : قال الجرجاني في « المعاياة » : **ليس أم الولد يمتنع السيد [من][9] وطئها من غير تعلق حق الزوج بها** إلا في مسألتين[10] :

الأولى : أن يكون لكافر أم ولد فتسلم، فإنه يمنع من وطئها إلى أن يسلم .

---

(١) سقطت من (ق) .

(٢) في (ن) و(ق) : « المبيع » .

(٣) سقطت من (ق) .

(٤) من (ك) .

(٥) أي : على صدر الدين بن الوكيل .

(٦) في (ن) و(ق): «وفي».

(٧) في (ن) : « أيضًا » .

(٨) الراجح في مقدار الدية : أنه يتبع أغلظهما دية ، وفي قول : أنه يعتبر به الأب ، وفي وجه : أنه يعتبر بأخفهما عملًا بالبراءة الأصلية .

(٩) سقطت من (ن) .

(١٠) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٤٣٠) .

وثانيهما : أن يشتري أخته[1] من الرضاع ويطأها جاهلًا بالتحريم ويحبلها ، فإنها تصير أم ولد ويمنع من وطئها للتحريم القائم بينهما بالرضاع .

ولا حاجة إلى تقييد التصوير بأخوة الرضاع ، بل لو اشترى أخته من النسب فوطئها بشبهة صارت أم ولد له ، وحرمة[2] الوطء قائمة ، بل [لو][3] وطئها بلا شبهة صارت أم ولد أيضًا ، وصار الولد حرًّا ، نسيبًا[4] ، وإن وجب التعزير على الأظهر ، والحد على قول ، وصيرورتها أم ولد ، وولدها نسيبًا على كل من القولين كما جزم به الرافعي في بابه ، لكنه في باب حد الزنا جعل ذلك طريقة مرجوحة ، فقال : إن قلنا : لا حد ، يثبت النسب والمصاهرة ، وإلا فلا ، وقيل : يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد .

- [وإذا وطئ الأب أم ولد ابنه بشبهة][5] تحرم [٢٢٨ن/أ] [على][6] الابن على التأبيد ، ولم تحل للأب أيضًا بحال .

فائدة : ما خالف قياس الأصول فيه صور[7] :

---

(١) في (ق) : « لا يشتري أختها » .

(٢) في (ن): «وحرية».

(٣) سقطت من (ن) .

(٤) في (ن) و(ق) : « شبهها » .

(٥) من (س) .

(٦) سقطت من (ق) .

(٧) « الأشباه والنظائر » لابن الوكيل (ص : ٣٩١) ، « الإبهاج » للسبكي (١٧١/٣) ، «قواعد ابن عبد السلام» (٢٩٧/٢)، وانظر : « شرح القواعد الفقهية » للزرقا (رقم: ١٤) ، « قواعد الندوي » (ص : ٤٥٦) .

الأول : الكتابة، فإن فيها مقابلة مال السيد[١] بماله[٢]، وفيه إثبات رتبة العبد بين الحرية والرق في التصرفات، حتى اضطرب الأصحاب في خروجه عن[٣] الملك فيما لو حلف أنه لا مال له وله مكاتب، هل يحنث؟ وفي عتقه بعبيدي[٤] أحرار.

- **ومنها** : جوازها من جهة العبد، ولزومها من جهة السيد.

- **ومنها** : وجوب الإيتاء[٥] [٢٠٢ق/أ] وفيه إلزام السيد بإيتاء العبد ما[٦] قد [لا][٧] يحتاج إليه.

الثانية : الغرامة للكافر المهادن زوج المهاجرة المسلمة المهاجرة إلينا.

الثالثة : ضمان الدَّرَك[٨] على الجديد.

الرابعة : العلج في دلالته على القلعة بجارية منها[٩].

الخامسة : الجعالة. **السادسة** : القراض. **السابعة** : المساقاة.

الثامنة والتاسعة والعاشرة : من باب الربا، ومسألة العرايا، وخروجها عن قواعد

---

(١) يعني: رقبة العبد.

(٢) يعني: كسب العبد.

(٣) في (ن): «على».

(٤) (ن) و(ق): «بعينه».

(٥) في (ن): «الإبراء».

(٦) في (ق): «مالا».

(٧) سقطت من (ق).

(٨) انظر: «المصباح المنير» (ص: ١١٧).

(٩) قال ابن الوكيل: «العِلْجُ إذا جُعلَ له جارية معينة أو غير معينة، فإنه جُعل غير مملوك ولا مقدور على تسليمه ولا موثوق بحصوله، وإذا كان الجعل معينًا فلا بد من كونه مملوكًا» «الأشباه» (ص: ٣٩١).

الربا، ورد الصاع من التمر عوضًا عن اللبن في المصراة.

وليعلم أن قاعدتنا «[بناء][1] العقود [على][2] قول أربابها»[3] قاعدة مشهورة، [ويظهر][4] في مبادئ النظر أنها[5] قد تخالف هذه القاعدة لمخالفتها لقياس الأصول[6].

فمن أحضر شيئًا وقال: اشتريته من فلان، فإنه يجوز الشراء منه [مع][7] أنه أقر بالملك لفلان [واحتج][8] وادعى حصوله له، وقوله في ذلك لولا هذه القاعدة - أعني قاعدتنا في «العقود على قول أربابها» - لم يكن يقبل قوله إلا ببينة كما في نظائره من عدم سماع الدعوى من الإنسان لنفسه شيئًا إلا ببينة أو إقرار أو يمين مردودة أو نكول[9] بشرطه.

والموجب لمراعاة هذه القاعدة الضرورة، فإنا[10] لو [لم][11] نعتبرها لا نسد باب المعايش، فالحاجة هنا جوزت الشراء منه، لكن [لا][12] يحكم بالملك له

---

(١) من (ك).

(٢) من (ك).

(٣) «الأشباه والنظائر» لابن الوكيل (ص: ٣٩٢).

(٤) من (ك).

(٥) في (ن) و(ق): «إليها».

(٦) في (ق): «بالقياس الأصولي».

(٧) من (ك).

(٨) من (ن).

(٩) في (ن) و(ق): «يكون».

(١٠) في (ق): «فإنه».

(١١) سقطت من (ق).

(١٢) من (ك).

ولو قال : وقفته على فلان ، أو هو وقف عليّ ، أو وقفته على شخص ، ففي الصورة الأولى لا يثبت الوقف ، وفي الأخرى يثبت .

قاعـــدة

قال الجرجاني : « **كل من وطئ أمة**(١) **بغير ملك يمين عالمًا أنها أمة فولده** [٢٢٨ن/ب] **منها رقيق** »(٢) .

إلا في مسألة واحدة ، وهي العربي(٣) إذا تزوج أمة على القول بأن العرب لا يسترقون [والله أعلم بالصواب](٤) .

قال مؤلفه رحمه الله :

[« **وهذا آخر ما قصدنا ولله الحمد على ما تيسر وعلى إتمامه** » .

وكان الفراغ من هذه النسخة المباركة في العشرين من شهر شوال المبارك ، من شهور سنة ثلاث وسبعين وثمانمائة ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا وحسبنا الله ونعم الوكيل](٥) .

---

(١) في (ن) : « امرأة » .

(٢) « الأشباه والنظائر » لابن السبكي (١/٣٧٤) .

(٣) في (ن) و(ق) : « للغزالي » .

(٤) من (ن) .

(٥) أثبتنا هذه الخاتمة من (ق) ، وفي (ن) : « وهذا آخر ما قصدنا ولله الحمد على ما تيسر وعلى إتمامه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا ، وكان الفراغ من كتاب الأشباه والنظائر للشيخ الإمام العلامة سراج الدين ابن الملقن رحمه الله يوم الاثنين ثامن وعشرين شهر رمضان سنة اثنتين وستين وثمانمائة ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم » .

قال محققه : وقد تم الفراغ من نسخه يوم الاثنين التاسع والعشرين من رمضان ، فالحمد لله على آلائه وأفضاله وموافقاته .

فهرس فهارس الكتاب



١- فهرس الآيات القرآنية

* * *

٢- فهرس الأحاديث النبوية

الحديث **الجزء والصفحة**



٣- فهرس الأعلام المترجمة

الاسم	الجزء والصفحة
إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان	١٩٨/٢
إبراهيم بن عبد الرحمن الفزاري	٤٤٠/١
إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم ابن أبي الدم	١١١/١
إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي	١٢٠/١
إبراهيم بن محمد الإسفراييني	٨٤/١
إبراهيم بن منصور بن المسلَّم العراقي	٥٤٠/١
أحمد بن أبي أحمد بن القاص	١٢٩/١
أحمد بن إدريس القرافي	٧٨/١
أحمد بن الحسين الرازي الفناكي	٤٤٩/١
أحمد بن الحسين بن سهل الفارسي	٨٦/١
أحمد بن عمر ابن سريج	٢٠٣/١
أحمد بن عمر بن يوسف الخفاف	١٦٠/٢
أحمد بن محمد ابن الرفعة	١٣٩/١
أحمد بن محمد ابن الصباغ	٤٩٠/١
أحمد بن محمد الجرجاني	١٢٦/١
أحمد بن محمد الطحاوي	١٣٥/٢
أحمد بن محمد الطوسي الراذكاني	١٩٦/١



٤- فهرس مصادر ابن الملقن الواردة في الكتاب

* * *

٥- فهرس القواعد والفوائد الفقهية

القاعدة الجزء والصفحة

* * *

٦- فهرس القواعد والفوائد الأصولية

القاعدة أو الفائدة **الجزء والصفحة**

❋ ❋ ❋

٧- فهرس مصادر التحقيق

- الإبهاج في شرح المنهاج - لعلي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة (٦٨٥هـ) وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة (٧٧١هـ) - تحقيق الدكتور شعبان إسماعيل - طبعة مكتبة الكليات الأزهرية - مصر .
- الإحكام في أصول الأحكام - لسيف الدين علي بن أبي محمد الآمدي المتوفى سنة (٦٣١هـ) - تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي - دار الصميعي - الرياض .
- أدب المفتي والمستفتي - للحافظ أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن ابن الصلاح المتوفى سنة (٦٤٣هـ) - تحقيق مصطفى محمود الأزهري - دار ابن القيم - دار ابن عفان .
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - للإمام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة (١٢٥٠هـ) - تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري - دار الفضيلة - الرياض .
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية - لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة (٩١١هـ) - تحقيق محمد تامر وحافظ عاشور - دار السلام - القاهرة .
- الأشباه والنظائر - لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة (٧٧١هـ) - تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض - دار الكتب العلمية - بيروت .
- الأشباه والنظائر في فقه الشافعية - لمحمد بن مكي صدر الدين بن الوكيل المتوفى سنة (٧١٦هـ) - تحقيق محمد حسن إسماعيل - دار الكتب العلمية - بيروت .

- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان - لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة (٩٧٠هـ) - مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة - الرياض .
- أصول السرخسي - لأبي بكر أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة (٤٩٠هـ) - تحقيق أبو الوفاء الأفغاني - دار الفكر - بيروت .
- الأعلام - لخير الدين الزركلي - دار العلم للملايين - بيروت - لبنان .
- إنباء الغمر بأبناء العمر - للحافظ ابن حجر العسقلاني المتوفى سنة (٨٥٢هـ) - تحقيق حسن حبشي - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - جمهورية مصر العربية .
- أنوار البروق في أنواء الفروق - لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي المتوفى سنة (٦٨٤هـ) - تحقيق د . أحمد محمد سراج . د . علي جمعة محمد - دار السلام - القاهرة .
- البحر المحيط في أصول الفقه - لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي المتوفى سنة (٧٩٤هـ) - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت .
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع - للشوكاني - القاهرة .
- البرهان في أصول الفقه لأبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني المتوفى سنة (٤٧٨هـ) - تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب - دار الوفاء - المنصورة .
- التعريفات - للشريف الجرجاني المتوفى سنة (٨١٦هـ) - طبعة شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي - مصر .
- تقرير القواعد وتحرير الفوائد - للحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي المتوفى سنة (٧٩٥هـ) - تحقيق مشهور حسن - دار ابن القيم - دار ابن عفان .

- الجواهر المضية في طبقات الحنفية - لمحيي الدين عبد القادر بن محمد بن أبي الوفاء القرشي المتوفى سنة (٧٧٥هـ) - تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو - دار هجر .
- ذيل تذكرة الحفاظ - لشمس الدين محمد بن علي الحسيني المتوفى سنة (٧٦٥هـ) - دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ذيل الدرر الكامنة - للحافظ ابن حجر العسقلاني - تحقيق د . عدنان درويش - القاهرة .
- سنن أبي داود - للحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى سنة (٢٧٥هـ) - أولاد الشيخ - القاهرة .
- سنن ابن ماجه - لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة (٢٧٥هـ) - دار المعرفة - بيروت .
- سنن الترمذي - لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة (٢٩٧هـ) - دار المعرفة - بيروت .
- سنن الدارمي - لعبد الله بن عبد الرحمن الدارمي المتوفى سنة (٢٥٥هـ) - دار الكتاب العربي - بيروت .
- سنن الدارقطني - للحافظ علي بن عمر الدارقطني المتوفى سنة (٣٨٥هـ) - عالم الكتب - بيروت .
- سنن النسائي - لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة (٣٠٣هـ) - دار المعرفة - بيروت .
- سير أعلام النبلاء - للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة (٧٤٨هـ) - تحقيق بشار عواد معروف - مؤسسة ا لرسالة - بيروت .

- شذرات الذهب في أخبار من ذهب - لشهاب الدين عبد الحي بن أحمد ابن العماد المتوفى سنة (١٠٨٩هـ) - تحقيق عبد القادر محمد الأرناؤوط - دار ابن كثير - دمشق - بيروت .
- شرح البدخشي على نهاية السول - لمحمد بن الحسن البدخشي - دار الفكر - بيروت .
- شرح تنقيح الفصول - لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة (٦٨٤هـ) - دار الفكر - بيروت .
- شرح القواعد الفقهية - للشيخ أحمد الزرقا - دار القلم - دمشق .
- صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري - دار الحديث - القاهرة .
- صحيح مسلم مع شرح النووي - دار المختار - القاهرة .
- طبقات الشافعية الكبرى - لتاج الدين ابن السبكي - تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو - دار إحياء الكتب العربية - القاهرة .
- طبقات الفقهاء الشافعية - لأبي بكر بن أحمد بن قاضي شهبة الدمشقي المتوفى سنة (٨٥١هـ) - تحقيق الدكتور علي محمد عمر - مكتبة الثقافة الدينية - مصر .
الفهرست - لأبي الفرج محمد بن أبي يعقوب ابن النديم المتوفى سنة (٣٨٠هـ) - الهيئة العامة لقصور الثقافة - القاهرة .
- القاموس المحيط - لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآباي المتوفى سنة (٨١٧هـ) - دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام - لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة (٦٦٠هـ) - تحقيق الدكتور نزيه حماد ، والدكتور عثمان ضميرية - دار القلم - دمشق .

- القواعد - لأبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن المقَّري المتوفى سنة (٧٥٨هـ) - تحقيق ودراسة أحمد بن عبد الله بن حميد - معهد البحوث العلمية - جامعة أم القرى .
- القواعد والفوائد الأصولية - لأبي الحسن علاء الدين علي بن عباس البعلي الحنبلي المتوفى سنة (٨٠٣هـ) تحقيق محمد حامد الفقي - مطبعة السنة المحمدية - القاهرة .
- القواعد الفقهية الكبرى - لصالح السدلان - دار بلنسية - الرياض .
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة - للدكتور محمد الزحيلي - دار الفكر - دمشق .
- القواعد الفقهية - لعلي أحمد الندوي - دار القلم - دمشق .
- القواعد الفقهية - للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - مكتبة الرشد - الرياض - شركة الرياض للنشر والتوزيع .
- القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين - لعبد الرحمن جمعة الجزائري - دار ابن القيم - دار ابن عفان .
- القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني - لعبد الواحد الإدريسي - دار ابن القيم - دار ابن عفان .
- كشاف اصطلاحات الفنون - للعلامة محمد بن علي التهانوي - مكتبة لبنان - ناشرون .
- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون - لحاجي خليفة ، ومعه إيضاح المكنون ، وهدية العارفين - لإسماعيل باشا البغدادي - طبعة المكتبة التجارية - مصطفى أحمد الباز - دار الفكر - بيروت .

- الكليات - لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي - تحقيق عدنان درويش - محمد المصري - مؤسسة الرسالة .
- اللمع في أصول الفقه - لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة (٤٧٦هـ) - طبعة شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي - مصر .
- لسان العرب - لابن منظور - دار المعارف - مصر .
- المجموع المذهب في قواعد المذهب - لأبي سعيد خليل بن كيكلدي العلائي المتوفى سنة (٧٦١هـ) - تحقيق ودراسة الدكتور محمد عبد الغفار الشريف - وزراة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت .
- مختار الصحاح - لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى سنة (٦٦٠هـ) - دار الحديث - مصر .
- المستصفى في علم الأصول - لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة (٥٠٥هـ) - دار الكتب العلمية - بيروت .
- المصباح المنير - لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ المتوفى سنة (٧٧٠هـ) - دار الحديث - مصر .
- معجم مؤلفات العلامة ابن الملقن المخطوطة بمكتبات المملكة العربية السعودية - إعداد الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة - دار الفلاح - مصر - دار أطلس - الرياض .
- معجم مقاييس اللغة - لأبي الحسين أحمد بن فارس المتوفى سنة (٣٩٥هـ) - تحقيق عبد السلام هارون - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- المنثور في القواعد - لبدر الدين الزركشي - تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمد - وزراة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت .

- الموافقات في أصول الشريعة - لأبي إسحاق إبراهيم بن موسي الشاطبي المتوفى سنة (٧٩٠هـ) - تحقيق مشهور سلمان - دار ابن القيم - دار ابن عفان .
- موسوعة القواعد الفقهية - للدكتور محمد صدقي البورنو - مؤسسة الرسالة .

* * *

٨- فهرس موضوعات الكتاب

الموضوع الصفحة

❃ ❃ ❃